JOSEPHI CYRILLI
JURISCONSULTI,
ET
PRIMARII ANTECESSORIS NEAPOLITANI
IN LIBROS IV.
INST. JURIS CIVILIS
COMMENTARIUS
REPETITÆ PRÆLECTIONIS

EDITIO NOVA.

TOMUS IV.

NEAPOLI

SUMTIBUS, AC TYPIS VINCENTII URSINI.

MDCCLXXXII.

INSTITUTIONUM
JURIS CIVILIS ROMANI
LIBER III.
DE HEREDITATIBUS, QUAE AB INTESTATO DEFERUNTUR.
TITULUS I.

Ex simplicitate naturae quum dominia morte finiantur; bona defunctorum communia fieri, qualia initio fuere, sicque cedere deberent occupanti. Verum ne vetus illa discordiarum seges communio rursus inferretur in gentes, usu hominum receptum est, ut a defuncto relicta, & *velut in medio posita*, uti Auctor Declamationum loquitur *Decl.* 308.; nulli propius contingerent, quam iis, quibus ille quam optime vellet: ii autem essent primum liberi, tum parentes, ac caeteri demum cognati pro gradu quisque suo. Licet autem nonnulli sint extraneorum, quam consanguineorum amantiores; tamen, quod illi non testato decederent, sicque de privato illorum adfectu non constaret, aequum est visum, studia hominum communiter aestimari, pacisque interesse creditum est, certam, expeditamque esse rationem succedendi, quae nullam pati controversiam posset: maxime quum minus abhorrere ab antiquissimo inter homines jure occupationis ratio illa videretur, quod liberi, parentes, ac reliqui gradatim cognati in vacuam ingredi bonorum defuncti possessionem primi solerent. Ita originem successionis in caussa intestati ex conjectura voluntatis repetunt Grotius *de J. B. & P.* II, 7. 3. Pufendorfius *de J. N. & G.* IV., 10. 1. & Everardus Otto *in Pufendorf. de Off. hom.* I. 12. 10. Ab hoc jure gentium Romae descitum; cur enim delata olim hereditas uxori, quae in manum convenerat, ut ut invisae, non item ei, quae non convenerat, ut ut carissimae? cur adgnatus, aut gentilis vel remotissimus, ac ne facie quidem notus cognato proximo, & legitimus filius naturali emancipato praelatus? Eccur nec filii intestati hereditas matri, neque intestatae matris hereditas filio data? Certe jure Romano non conjectura voluntatis, sed jus quoddam *συνδεσποτείας*, seu *communis dominii*, quod liberi, adgnati, & gentiles, tamquam partes familiae, adgnationis, aut gentis, quasi ejusdem corporis, seu universitatis, in bona defuncti habebant, succedendi principium fuit, quo ita bona in eadem familia, adgnatione, aut gente conservarentur. Hinc exclusi liberi emancipati, & cognati, tanquam familiae, adgnationis, & gentis expertes: at vocati liberi legitimi, & uxores, quae in manum convenere, quippe qui jam in familiam transierant ado-

adoptivi patris, & viri. Fuse, & preclaclare de hac re Bynkershokius *Obs. II*, 1, Fecit jus istud *συνδεσποτείας*, ut quae hereditates deferebantur jure legitimo, Latinis Scriptoribus, & maxime Jurisconsultis *redire* dicerentur. Exempla sunt apud Terentium in *Andr. IV*. 6. 4. in quem locum v. Donat., & *Hecyr.* I. 2. 97., apud Cic. *de Orat.* I. 39., & Papinianum, ac Pomponium in *L. peto* 69. *de leg.* 2., & *L. Jurisconsultus* 10. *de grad. & adfin.* Jure etiam adcrescendi *redire* ad coeredes dicitur hereditas in *L. cum pater* 77. §. 7. *de leg.* 2., quod illi jus idem *συνδεσποτείας* habent in universam hereditatem. Romanis in hac re preivere Graeci, bona non possessorum esse rati, sed familiae, aut gentis universae, ut Plato inquit *de LL. XI.* Quin apud Graecos testantium quoque arbitrium lege coercitum. Lex erat, *Extra gentem familiamque heredem ne scribito*. Sed eam a Solone abrogatam, Auctor est Plutarchus in *Solon.* V. Petit. in *LL. Attic. VI.* 6. Primum Edictis Praetorum stante adhuc fortasse Romana Rep., tum Senatusconsultis, & constitutionibus imperatorum nimia illa antiqui juris adsperitas emendata est, jamque tandem temporibus Justiniani eo ventum, ut prope sola voluntatis conjectura successiones regeret intestatorum; neque enim probo, quod Bynk. inquit Justinianum sublato adgnatorum discrimine non caussam succedendi mutasse, sed declarasse solum, cognatos quoque ad familiam pertinere: nam vel ante sublatum a Justiniano discrimen illud, Praetores admissis ad bonorum possessionem cognatis *naturalem aequitatem*, & *rationem sanguinis* sequuti sunt, *L. hac parte* 2. *D. unde cogn.*, quum tamen non sanguinis ratio, quae naturalis est, & perpetua, sed sola civilis ratio familiae, adgnationis, aut gentis antiquo Romanorum jure spectata sit: tum Justinianus stante adhuc eo discrimine non semel professus est, in successionibus, quae ab intestato deferuntur, naturam se ducem sequi, maxime in §. *item vetustas* 15. *infr. h. t.*, uti mox & in §. 4. *infr. de S. C. Tert.*

PR. TIT. Intestatus proprie is est, qui, quum posset testamentum facere, non fecit. Sed & is intestatus non improprie dicitur, cujus testamentum aut non jure factum est, aut ruptum irritumve factum, aut cujus ex testamento hereditas adita non est, *L. intestati* 1. *de suis*, & *leg. L. intestatus* 64. *de V. S.* Plane qui testari non potuit, proprie *intestabilis* dicitur. Intestabilem Decemviri dixere eum, qui jus testimonii dicendi non habebat: sicque interpretatur Gellius *Noct. VI.* 7. quod in XII. Tab. scriptum est, *Improbus intestabilisque esto*. At Jurisconsulti intestabilem quoque dixerunt, cui testimonium dici vetatur: quo sensu intestabis etiam est, qui testamentum facere prohibetur. Ulp. in *L. is, cui* 18., & Gajus in *L. quum lege* 26. *qui test. fac.*, & vetus Interpres Horatii in *sat. II*, 3. (a). Hoc sensu intestabiles sunt impubes, furiosus, & cui bonis interdictum est: sed hos quoque esse pro intestatis accipiendos, ajunt Ulp. *d. L.* 1., & Paulus *Sent. IV*, 8. *pr.*

§. I. II. & III. Lex autem XII. Tab. tres fecit succedentium gradus *Tab. V. Si intestato*, inquit, *moritur*, *cui suus heres nec extabit* (b), *adgna-*

(a) *De voce* intestabilis *v. Marcil. Interpret. Leg. XII. Tab. V.*

(b) *Jacob. Gothofredus in LL. XII. Tab. mavult*, nec escit. *Ulpianus apud*

adgnatus proximus familiam (h. e. hereditatem) *habeto: si adgnatus nec escit*, *gentilis familiam heres nancitor*. Prima suorum heredum caussa est, §. *h. t.*: idque non ex Legibus Solonis, uti Galvano visum *de Usufr. VIII*, 14, sed ex patriis Romanorum institutis in XII. Tabulas conjectum est. Sui dicuntur, qui & in potestate sunt, & proximum a patrefamilias gradum obtinent, quo tempore pater moritur, *L. scripto* 7. *pr. si tab. test. null.*; sive mares, sive faeminae: (discesserunt enim in hac parte Decemviri a jure Attico apud Isaeum *Orat. IX*, quod primum filios, tum filias ad intestati hereditatem vocabat) sive in primo gradu, ut filii filiaeve, sive in ulteriore positi, ut nepotes neptesve, & sic deinceps alii ex filio; (namque ex filia nati patris sui familiam sequuntur, non matris, *L. familiae* 196. §. 1. *de V. S.*) *si tamen praecedens persona desierit in potestate parentis esse*, §. 2. *h. t.* sive naturales, sive adoptivi, *L. intestati* 1. §. 2. *de suis & legit.*, *L. quum in adoptivis* 10. *C. de adopt.*: sive ex justis nuptiis progeniti, sive extra nuptias quaesiti, sed legitimi tamen facti aliquo ex iis modis, de quibus in §. *ult. de nupt.*: ac sive jam nati, sive postumi, qui, quum de commodis eorum quaeritur, pro jam natis habentur, *L. qui in utero* 7. *de stat. hom.* Suos *exstare* heredes Lex ait, non *habere familiam*, ut adgnatos; non enim facto suo, sed *statim ipso jure*, & *clausis etiam tabulis heredes existunt* (c), *L. in suis* 14. *de suis & legit.*, *L. si fratris* 3. *C. de jur. delib.* neque *adire* (d), aut *percipere*, ut extranei, sed *retinere* hereditatem dicuntur, *L. si patronus* 12. §. *ult. de bon. libert.*, & *liberam consequi administrationem bonorum*, quorum *etiam vivo patre quodammodo domini existimantur*, *L. in suis* 11. *de lib. & post.* Et in Syllaniano quidem S. C. *dominorum* appellatione filiifamilias continentur, *L.* 1. §. *dominus* 7. *de S. C. Syllan.*: quandoque *dominuli* dicti, *L. uxorem* 41. §. *testamento* 4. *de leg.* 3., & passim Graecis pariter ac Latinis *minores domini*: quod Julii Pollucis, Plauti, aliorumque testimoniis traditum a Merillio est *Obs. I*, 36. Hinc fit, ut etiam ignorantes fiant heredes, ac licet furiosi sint, §. 3. *h. t.*, *L. furiosus* 63. *de adq. hered.*, *L. quum furiosus* 7. §. 2. *C. de curat. furiosi*; namque ex quibus caussis ignorantibus nobis adquiritur, ex iisdem etiam furiosis adquiri potest, *L. si a furioso* 24. *de O. & A.* Et recte Trib. *h.* §. inquit, *statim morte* (e) *parentis quasi continuari dominium*, & *ideo nec tutoris auctoritate opus esse pupillis*, *nec curatoris consensu furiosis*. De possessione tamen secus, *L.* 1. §. *furiosus* 3. *de adq. poss.*, quum enim facti sit, *d.* §.

3. ni-
apud Auct. Collat. LL. Mosaic. tit. ult. habet, nec est. *Sed idem Ulp. Fragm. XXVI*, 1. *inquit*, nec extabit: *quod verbum magis proprium est suorum heredum*. *V. Obs. nostras* I., 5.

(c) Exsistere *etiam de suis dicitur V. Obs. nostr. ibid.*

(d) *Cicero Philipp.* II., 16. *hereditatem patris adiri a filio dixit non ex arte juris*. *Sed, quod magis mirere, Imperatores Alexander, & Justinianus eo modo loquuti sunt in L.* 4. *C. de inst. & subst.* & *L. ult. C. de repud. her.*

(e) *Hinc emendandus Pauli locus Sent.* IV, 8. 6., *ubi corrupte legitur*, ad mortem.

3., nisi *naturaliter comprehensa* ad heredes *non pertinet*, *L. quum heredes* 23. *D. eod.*, licet sui sint, *V. Obs. nostr. ibid.*

§. IV. & V. Interdum fit, ut qui in potestate patris non est, quo tempore pater moritur, suus heres efficiatur: puta, si filius eo tempore sit apud hostes, tum patre mortuo redeat; *jus enim postliminii hoc facit*, §. 4. *h. t.* Non turbat *L. captum.* 9. *C. de postl. reverſ.*, ubi id *Legi Corneliae* tribuunt Diocletianus, & Max.; namque ipsa *Legis Corneliae* mentio indicium facit, in ea specie patrem quoque apud hostes decessisse, uti recte post Accursium Cujacius, & J. a Costa. Quod alii putant, ibi esse καταχρησιν vocabuli *Legis Corneliae*, vix probo; nam quis facile credat, Imperatores eo vocabulo tam licenter abusos? Contra fit interdum, ut suus heres non sit aut saltem desinat suus esse, qui tempore mortis in potestate patris erat: puta, si patris memoria ob crimen perduellionis damnetur; suum enim heredem habere non potest is, cui fiscus succedit, §. 2. *h. t.*, & *L.* 1. §. 3. *D. de suis*, & *legit. Hoc quo?* (addit Ulp. *d.* §. 3.) *Ut nec jura sepulcrorum* (familiarium) *hic filius habeat*. Quae non ita sunt ab Ulpiano dicta de filio, qui perduellione patris desiit suus esse, ut non eadem de eo intelligantur, qui alia quavis de caussa suus non fit; quo enim nomine eum, qui familiae expers est factus, in sepulcrum inferas, quod familiaribus tantum patet? De diverso familiarium, hereditariorumve sepulcrorum jure V. *L.* 8. & 13. *C.*, & *L.* 5. & 6. *D. de religios.* Jam vero eam juris regulam, *semel heredem numquam desinere esse heredem*, *L. ait Praetor* 7. §. *sed quod* 10. *de min.*, & L. *ei*, *qui* 88. *de hered. inst.*, in eum sensum scite accipit J. a Costa, ut semel heres nunquam desinat esse heres facto suo, desinere autem possit vi juris.

§. VII. & VIII. Porro quod dictum est, suum heredem primum tenere in familia gradum debere, quo tempore pater moritur, id non est perpetuum: ut ecce, si paterfamilias testamento facto decedat exheredato filio, mox deliberante herede instituto filius moriatur, deinde heres non adeat; nepos poterit suus heres esse, etiamsi, quum avus moreretur, pater eum gradu praecederet: quo exemplo post Papinianum in *L. scripto* 7. *si tab. test. null.*, & Ulp. in L. 1. §. *sciendum*. 8. *de suis*, & *legit.* utitur §. 7. Tribonianus: qui tamen non videtur sibi contrarius, quod in §. 2. *in fin. sup. h. t.* inquit, nepotem ita demum avo suum heredem futurum, si avo adhuc vivo desinat filius esse in potestate, namque aut id benigna interpretatione receptum est, ne propter summum jus, quod saepe summa injuria est, nepos avita successione defraudetur: aut referendum inter commenta juris Civilis, quod, dum jacet hereditas, vivere testatorem fingit; quum illa non heredis futuri, sed personam sustineat defuncti, *L. non minus* 31. §. *ult. de hered. inst.*, & *L. hereditas* 34. *de adq. rer. dom.*, sicque filium ante desertas ab herede tabulas mortuum vivo adhuc avo de potestate ejus exiisse, neque unquam gradu praecessisse nepotem: quo fortasse pertinet illud Papiniani in *d. L.* 7., *Quum neque pater eum in hac successione praevenerit*: & illud Ulpiani in *d.* §. 8., *Quoniam nec delata est filio hereditas*. Similia exempla habes apud Ulpianum

num *ibid.* ac Theophilum hic. Et quoniam postumi, quum eorum utilitas agitur, pro jam natis habentur, hinc licet nepos avo mortuo nascatur, si modo eo vivo sit conceptus, destituto post patris obitum testamento suus tamen existit, §. 8. *h. t.*, & L. *si quis 6. pr. de injusto rupt.* Ceterum *si postea*, hoc est, avo mortuo, *conceptus est*, Marcellus scribit apud Ulp. *d. L. 6. neque ut suum, neque ut nepotem, aut cognatum ad hereditatem, vel ad bonorum possessionem posse admitti*, quia, uti subdit, *d.* §. Tribonianus, *nullo jure cognationis patrem sui patris attigit, & quantum ad hereditatem* (namque in ceteris secus est, *L. Paulus 47. §. 3. D. de bon. libert.*, & L. 1. §. *consanguineos 10. de suis, & legit.*) nec pro libero est, nec pro cognato. Sic *quem filius meus emancipatus adoptavit, is nepos meus non est*, L. *quem filius 26. de adopt.*; emancipatio enim jus adgnationis perimit: *qui autem n adoptionem datur, his tantum, quibus adgnascitur, cognatus fit*, L. *qui in adoptionem 23. D. eod.*

§. VI. Quod si unus filius heres superstes sit, ex altero autem demortuo nepos neptisve existat, cum filio superstite ad hereditatem avi *pariter* vocatur, *h.* §.: idque non peculiari Capite a Decemviris cautum, uti Hotomano visum ob L. *ut intestato 3. C. de suis & legit.*, in quam v. *Obs. nostr.* I, 2.; sed benigna Prudentum interpretatione receptum est, uti apertissime Cajus in *Collat. LL. Mosaic.* XVI,: quo spectant duae hujus §. formulae *aequum esse videtur*, & *placuit*, quae in libris Jurisconsultorum non obscurae sunt disputationis atque interpretationis notae, *L. rescriptum 10. §. 1. de pact.*, L. *Cajus 11. §. 1. de usur.*, L. *tutor. 7. §. si tutor 14. de adm. & peric. tut.*, L. *si Titio 55. §. 1. de leg, 2.* Sane quum Lex XII. Tab. generaliter suos ad intestati hereditatem vocaret, nec distingueret, cujus essent gradus; ea esse mens legis visa est Jurisconsultis, ut non soli filii, filiaeve, sed & nepotes, nepotesve cum patruis concurrerent. Ita tamen non fit, ut cum suo herede succedant non sui, quod Cujacio aliud agenti excidisse, ait hic J. a Costa; sui enim sunt nepotes neptesve, quibus pater non obstat, uti Paulus in *Collat. XVI, 3.*; & Tribonianus in §. *sui 3. sup. h. t.*: nec nepotes solum neptesve, sed etiam pronepotes, proneptesve ex nepote demortuo, & sic deinceps alii; quum enim parentum intestatorum hereditas agitur, non gradus quaeritur, nec qui propior est remotiorem excludit, *h.* §. Hinc orta duplex illa succedendi ratio *in capita*, & *in stirpes*: in capita, quum pro numero capitum: in stirpes, quum pro numero stirpium secatur hereditas. *Capita* sunt personae unius aut plurium stirpium. *Stirpes* sunt generis origines. Sic filius est stirps nepotum, nepos pronepotum &c. Filii ergo patri succedunt in capita, & accipiunt singuli virilem: at nepotes ex filiis demortuis patrum subeunt locum, & avo succedunt in stirpes, ita ut nepotes ex uno filio, & nepotes ex altero, sive todidem numero, sive ex uno plures, ex altero pauciores, aut etiam unus, eas partes ferant, quas unus, & alter filius laturi essent. Cajus *Inst. II*, 8. 2., Ulpianus *Fragm. XXVI*, 2., & Diocletianus in L. 2. & 3. *C. de suis & leg.* Habes hinc, *stirpem* proprie familiam esse; nam si fingas filios tres patri superstites, quod hi patre mortuo jam patresfamilias fiunt, fa- milia

milia una in tres abit. V. Cujacium *ad lib.* III. *Quaest. Papin. in L.* I. *de probat.*, ac Raevardum *ad LL. XII. Tab. XIX.* Quod autem ibi putat Raevardus, si intestato parenti supersint filii soli, non in capita solum, sed & in stirpes familiam ercisci, est id monstri instar; nusquam enim in jure successionis in stirpes mentio fit, quin liberorum ultra filios mentio fiat.

§. IX. Hucusque de suis. Emancipatos *Jure Civili* nihil juris habere, ait Tribonianus. *Jus Civile* est hic ipsa Lex XII. Tab., ut saepe alias. V. L. *quum ratio* 7. *de bon. damn.* juncti L. *liberorum* 220. *de V. S.* Jstam hoc loco *juri Civili* notionem subesse, patet ex his, quae sequuntur, *Neque enim sui heredes sunt, qui in potestate parentis esse desierunt, neque ullo alio jure per legem XII. Tab. vocantur*: quibus ratio traditur ejus, quod initio dictum est, emancipatos jure Civili nihil juris habere. Jam illud, *neque ullo alio jure &c.* ad jus adgnationis refertur, quasi scriptum sit, ideo nihil juris esse emancipatis quod Lege XII. Tab. nec sui sint, neque adgnati: ut perperam Hotomanus *τὸ per legem XII. Tab.* ex glossa sumtum putet, in eaque non *per*, sed *praeter* scriptum hoc sensu, *nullo alio jure post XII. Tab. constituto*. At Praetor, qui naturali aequitate movetur, & jura sanguinis respicit, quae nullo Civili jure dirimi possunt, L. *jura* 8. *de R. J.*; rescissa capitis diminutione, emancipatis, sive soli sint, sive concurrant cum suis dat bonorum possessionem *Unde liberi*, quasi in potestate fuissent tempore mortis, L. *Sed quum* 6. §. I. *de bonor. possessionib.*, L. *liberi* 4. *si tab. test. null.*

§. X. XI. XII. V. XIII. At si emancipati se se dederint in adrogationem, nec civili jure, nec Praetorio ad patris naturalis hereditatem vocantur, §. 10.: non Civili, nam neque sui sunt, neque adgnati, quos tamen solos Lex XII. Tab. admittit: non etiam Praetorio; cur enim Praetor eis consuleret, quibus satis erat in adrogatoris familia prospectum, in qua suorum heredum & adgnationis jura obtinuerunt? Quid si ii rursus ab adoptivo patre emancipentur? Sane interest, num vivo patre naturali, an post ejus obitum emancipati sint; nam vivo eo, emancipati perinde ad ejus *bona admittuntur, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent*, sicque jus liberorum per adrogationem amissum beneficio Praetoris recuperant, L. *liberi* 4. *si tab. test.*; & adoptivo patri extranei loco sunt, L. *in omni* 13. *de adopt.*; post mortem vero patris naturalis emancipati gradum liberorum non consequuntur, ac proinde bonorum possessionem *Unde liberi* ex edicto Praetoris non habent; sive quod iniquum videtur, jus hereditatis in arbitrium adoptivi patris conferre, qui potest facere, ut patri naturali intestato succedat adgnatus proximus, non emancipando: non succedat, emancipando, contra juris regulam in L. *institutio* 32. *de her. inst.*, quae est ratio Triboniani; sive quod iniquum videtur, hereditatem jam delatam aut quaesitam aliis liberis adgnatisve ex post facto auferri, quae ratio minus longe petita est. Merito igitur ait Tribonianus §. 11, minus juris habere adoptivos filios, quam naturales; hi enim etsi per emancipationem gradum liberorum jure Civili deperdant, *per Edictum tamen Praetoris ad bonorum possessionem vocantur*: dl

L. 4.

L. 4. *si tab. test.*: at illi, si ab adoptivo patre emancipentur, *liberorum nomen* & quicquid juris in adoptivi patris familia habuerunt, amittunt, neque Edicto Praetoris adjuvantur, *d.L.*4. & *d.L.*13. Plane naturales filii, natura sunt filii, nec naturalia jura perimere potest emancipatio, quae civile commentum est, *d.L.jura de R.J.*: at adoptivi filii instituto civili sunt filii, ac proinde jus omne adoptionis emancipatione finitur, *L. non tantum* 3. §. *sed si* 2. *D. cont. tab.* Nunc vide, quibus conveniant inter se bonorum possessio *Unde liberi*, atque ea, quam Praetor *contra tabulas* testamenti liberis praeteritis pollicetur. Utraque non modo emancipatis, sed etiam suis competit, §. 1. *infr. de bon. poss.*, & §. *emancipatos* 3. *de exher. liber. lib.* 2., etsi testamentum suo herede praeterito nullius momenti sit jure Civili, *L.* 1. *pr. de injust. rupt.* Utraque iis non datur, qui, quo tempore pater naturalis moritur, in adoptiva familia sunt, quia jam alium patrem habent, cui heredes sunt jure Civili, *L. cum adoptivis* 10. *C. de adopt.* Utraque demum liberis ab adoptivo patre emancipatis contra patris adoptivi tabulas non datur, jure adoptionis per emancipationem dissoluto, *d. L.* 3. §. 2. *D. contr. tab.*, & §. 12. *h. t.* Licet autem qui post parentis naturalis obitum ab adoptivo emancipantur, neque ut liberi, neque ut adgnati ad bonorum parentis naturalis possessionem admittantur, quia utrumque jus adoptione amiserunt; admitti tamen eos, inquit §. 13. Tribonianus ex ea Edicti parte, qua vocantur cognati; adoptivi enim filii omnia *cognationis jura in patris naturalis familia retinent*, *L.* 1. §. *cognationem* 4. *D. unde cognati*. Sed ita demum ex ea parte admittuntur, si nec sui heredes, neque emancipati liberi, neque ullus adgnatus obstet; hoc enim ordine Praetor ad bonorum possessionem admittit, ut primo loco sui & emancipati, secundo adgnati, quos Tribonianus *legitimos* appellat; tertio demum vocentur cognati, *L.* 1. §. 1. *D. si tab. test.*, & *L.* 1. *pr. quis ordo in poss.*

§. XIV. Jam vero de filiorum adoptivorum successione extat nova Justiniani Constitutio in *d. L. in adoptivis* 10., cujus mentio est *h.* §. Et jure quidem veteri non ii modo, qui, quum sui juris essent, se se dabant aliis in adrogationem, sed & filiifamilias, qui a patribus suis in adoptionem dabantur, ita in potestatem & familiam adoptivi patris transibant, ut jus omne liberorum & suorum in familia patris naturalis amitterent. At Justiniani Constitutione nonnihil derogatum est juri veteri, puta, quantum ad eos, qui a patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur; fieri enim poterat, ut adoptivus filius, adoptione post patris naturalis obitum per emancipationem soluta, utriusque patris hereditate excideret, *d. L. in adoptivis* 10.: quod unum erat veteris juris incommodum: & minus proprie Tribonianus *nonnullos* se invenisse *casus* ait, quibus adoptivi filii *ad neutrius patris successionem* vocarentur. Jure igitur novo si filiusfamilias a patre suo naturali in adoptionem extraneo datus sit, (*extraneus* dicitur quicunque est extra lineam parentum) omnia ejus jura in familia naturali integra servantur, perinde ac si *in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsequuta, nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem*,

 & qui-

& quidem jure sui heredis *h.* §., & *d.* L. 10. §. 1.: quod singulare est; regula est enim juris, qui in potestate non est, eum non posse jus sui heredis habere. Ceterum testamento ab adoptivo patre facto, adoptivus filius neque jure Civili, neque Praetorio ex hereditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta, ut antea, §. 4. *de exher. liber.*, & §. 2. *sup. de inoff. lib.* 2., cujus juris rationem plane ineptam proponit Tribonianus, ut multis *lib. III. Obs. nostr. cap. ult.* De reliquo adeo verum est, eum filium nihil ex hereditate adoptivi patris persequi posse, ut etiamsi ex *Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus, neque ei quarta servetur, neque ulla actio ad ejus persequutionem* competat, *h.* §. & *d.* L. 10. De Sabiniano S. C., & adoptione ex tribus maribus v. *Obs. nostr. II.* 3. Nunc si habe Senatui placuisse, ut si quis trium marium pater unum daret in adoptionem, pater adoptivus filio ex tribus maribus adoptato quartam testamento relinqueret: quod favor masculorum suasit. J. Goth. in *L. si quis* 132. *C. Th. de Decurion.*

§. XV. & XVI. Reliquum est nunc, ut de descendentibus ex feminis dicatur. Ait Tribonianus § 15., *Vetustati* placuisse, ut soli nepotes neptesve ex maribus tanquam sui heredes ad ivi successionem venarent exclusis adgnatis; nepotes autem neptesve, & sic deinceps alii ex feminis tanquam cognati *tam avo vel proavo materno, quam aviae vel proaviae sive paternae sive maternae* post adgnatos succedererent. Et Lex quidem XII. Tab. suos tantum ad intestati successionem vocavit, quales non sunt nepotes neptesve ex filia. At vero Praetor natos ex feminis post adgnatorum lineam tanquam cognatos admisit. Igitur Tribonianus hic nomine *Vetustatis* & legum XII. Tab., & jus Praetorium spectavit: nec ferendus est error Mynsingeri, Cantiunculae, ac Giphanii, qui putarit, ex feminis aeque atque ex maribus natos ad intestatorum hereditates Lege XII. Tab. vocari, ac proinde *suorum & cognatorum* discrimen ex media Jurisprudentia profectum. Divi autem Principes Valentinianus, Theodosius, & Arcadius in *L. si defunctus* 4. *C. Th. de legitim. hered.*, quam Constitutionem ex parte descripsit Justinianus in *L. si defunctus* 9. *C. de suis & legit.*, prognatis ex femina jus suorum concessere, ita tamen, ut *minus tertia parte acciperent, quam mater eorum vel avia fuerat acceptura.* Finge. Avus maternus moritur intestatus superstite filio, & ex filia demortua nepote. Filius bessem hereditatis, nepos trientem accipiet, hoc est, *tertia parte minus, quam mater fuerat acceptura*; mater enim semissem tulisset. Hujus juris alia melior adferri ratio non potest, quam sola benignitas Imperatorum: quae enim caussatur hoc loco Tribonianus, sunt plane ridicula. V. *Obs. nostr. lib. III. cap. ult.* Id unum hic moneo, jus vetus a Triboniano dici *injuriam contra naturam*, ut, quod *pr. h. t.* contra Bynk. est adnotatum, probe intelligas, quum flaret adhuc differentia inter adgnatos, & cognatos, caussam succedendi fuisse jam omnino immutatam. Pari ratione constitutum est, ut descendentes ex feminis triente minus acciperent, quam fuisset accepturus vel pater eorum, vel avus paternus sive maternus, quando femina mortua sit, cujus de hereditate agitur: qui-

quibus verbis respicere videtur Tribonianus ad Senatusconsultum Orficianum, quod prae aetate Divorum Principum est sane vetus. Eo S. C. intestatae matris hereditas liberis dumtaxat primi gradus pleno jure deferebatur, nepotibus, ceterisque adgnatis prorsus exclusis, *tit. 2. inst.* Verum hi quoque demta tertia parte admissi sunt. Huc igitur spectant ea verba, *vel pater eorum*, (supple, *vel mater*) *vel avus paternus sive maternus* (supple, *vel avia paterna sive materna*) *quando femina mortua sit*. Finge. Avia moritur intestata, superstite hinc filio filiave, illinc nepote nepteve ex filio filiave defuncta. In hac specie nepos neptisque S. C. Orficiano exclusi, admittuntur tamen Constitutione Divorum Principum ea lege, ut tertia parte minus accipiant, quam pater materve eorum habuisset ex S. C. Finge quoque proaviam intestato mortuam, atque hinc superstites liberos primi gradus, illinc pronepotes, proneptesve ex nepote nepteve ex filio filiave praemortua. In hac etiam specie pronepotes proneptesve minus tertia parte accipiunt, quam avus paternus sive maternus, vel avia paterna sive materna tulisset ex S. C. Prognatis autem ex femina, licet soli sint, adeuntibus, adgnatos ea Constitutione *minime vocari*, ait Trib. non quod penitus excludantur, namque accipiunt quidrantem, sed quod non soli & in solidum, ut antea, succedant, uti liquet ex *d. L. 4.* & §. 16. *h. t.* Et quemadmodum Lex XII. Tab. filio mortuo nepotes vel neptes, pronepotes vel pronepotes in locum patris sui aut avi paterni ad avi vel proavi paterni hereditatem vocat: ita Imperatorum Constitutio nepotes & pronepotes ex filia vocat in locum matris suae aut aviae maternae ad avi vel proavi materni successionem, ut tertia parte detracta cum defuncti liberis superstitibus concurrant. Successit tandem Justiniani Constitutio in *L. ult. C. de suis & legit. lib.*, qua sancitum, ut quousque descendentes extabunt, quamvis ex femina, adgnatos omnino excludant: & hoc plus ut, si cum liberis primi gradus concurrunt, non in capita, sed in stirpes succedant: quod posterius non est quidem verbis Constitutionis comprehensum, ex sententia tamen ejus exprimit Tribonianus §. 16.

TITULUS II.

De legitima (a) adgnatorum successione.

PR. TIT. & §. I. & II. In secundo ordine sunt adgnati, quibus lege defertur hereditas, si neque existat suus heres, aut ullus alius ex his, quibus Praetor, & Constitutiones jura suorum dedere, nec futurus speretur: puta, si nec defuncti uxor uterum gerat, nec defuncti filius

(a) *Generaliter* legitimus heres *est quisquis* lege ab intestato est heres, *uti Pomponius loquitur L. statuliberi 29. §. 1. de statulib. V. Brisson. de V. S. v.* Legitimi. *Sed Jurisconsulti adgnatos proprie* legitimos *dixere, L. de bonis 6. §. 2. de Carbon. Edict. Huc pertinet Titulus D. de suis, & legit. Atque hinc τὸ* legitima *in nostro Titulo momentputa.*

adgnatus proximus familiam (h. e. hereditatem) *habeto* : *si adgnatus nec escit*, *gentilis familiam heres nancitor*. Prima suorum heredum caussa est, §. *h. t.*: idque non ex Legibus Solonis, uti Galvano visum *de Usufr. VIII*, 14, sed ex patriis Romanorum institutis in XII. Tabulas conjectum est. Sui dicuntur, qui & in potestate sunt, & proximum a patrefamilias gradum obtinent, quo tempore pater moritur, *L. scripto* 7. *pr. si tab. test. null.*; sive mares, sive faeminae: (discesserunt enim in hac parte Decemviri a jure Attico apud Isaeum *Orat. IX*, quod primum filios, tum filias ad intestati hereditatem vocabat) sive in primo gradu, ut filii filiaeve, sive in ulteriore positi, ut nepotes neptesve, & sic deinceps alii ex filio; (namque ex filia nati patris sui familiam sequuntur, non matris, *L. familiae* 196. §. 1. *de V. S.*) *si tamen praecedens persona desierit in potestate parentis esse*, §. 2. *h. t.* sive naturales, sive adoptivi, *L. intestati* 1. §. 2. *de suis & legit.*, *L. quum in adoptivis* 10. *C. de adopt.*: sive ex justis nuptiis progeniti, sive extra nuptias quaesiti, sed legitimi tamen facti aliquo ex iis modis, de quibus in §. *ult. de nupt.*: ac sive jam nati, sive postumi, qui, quum de commodis eorum quaeritur, pro jam natis habentur, *L. qui in utero* 7. *de stat. hom.* Suos *exstare* heredes Lex ait, non *habere familiam*, ut adgnatos; non enim facto suo, sed *statim ipso jure*, *& clausis etiam tabulis heredes existunt* (c), *L. in suis* 14. *de suis & legit.*, *L. si fratris* 3. *C. de jur. delib. neque adire* (d), aut *percipere*, ut extranei, sed *retinere* hereditatem dicuntur, *L. si patronus* 12. §. *ult. de bon. libert.*, *& liberam consequi administrationem bonorum*, quorum *etiam vivo patre quodammodo domini existimantur*, *L. in suis* 11. *de lib. & post.* Et in Syllaniano quidem S. C. *dominorum* appellatione filiifamilias continentur, *L.* 1. §. *dominus* 7. *de S. C. Syllan.*: quandoque *dominuli* dicti, *L. uxorem* 41. §. *testamento* 4. *de leg.* 3., & passim Graecis pariter ac Latinis *minores domini*: quod Julii Pollucis, Plauti, aliorumque testimoniis traditum a Metillio est *Obs. I*, 36. Hinc fit, ut etiam ignorantes fiant heredes, ac licet furiosi sint, §. 3. *h. t.*, *L. furiosus* 63. *de adq. hered.*, *L. quum furiosus* 7. §. 2. *C. de curat. furiosi*; namque ex quibus caussis ignorantibus nobis adquiritur, ex iisdem etiam furiosis adquiri potest, *L. si a furioso* 24. *de O. & A.* Et recte Trib. *h.* §. inquit, *statim morte* (e) *parentis quasi continuari dominium*, *& ideo nec tutoris auctoritate opus esse pupillis*, *nec curatoris consensu furiosis*. De possessione tamen secus, *L.* 1. §. *furiosus* 3. *de adq. poss.*, quum enim facti sit, *d.* §.

3. ni- *apud Auct. Collat. LL. Mosaic. tit. ult. habet*, nec est. *Sed idem Ulp. Fragm. XXVI*, 1. *inquit*, nec extabit: *quod verbum magis proprium est suorum heredum*. *V. Obs. nostras* I., 5.

(c) Existere *etiam de suis dicitur V. Obs. nostr. ibid.*

(d) *Cicero Philipp.* II., 16. *hereditatem patris* adiri *a filio dixit non ex arte juris*. *Sed, quod magis mirere, Imperatores Alexander, & Justinianus eo modo loquuti sunt in L.* 4. *C. de inst. & subst. & L. ult. C. de repud. her.*

(e) *Hinc emendandus Pauli locus Sent. IV*, 8. 6., *ubi corrupte legitur*, ad mortem.

3., nisi *naturaliter comprehensa* ad heredes *non pertinet*, *L. quum heredes* 23. *D. eod.*, licet sui sint. *V. Obs. nostr. ibid.*

§. IV. & V. Interdum fit, ut qui in potestate patris non est, quo tempore pater moritur, suus heres efficiatur: puta, si filius eo tempore sit apud hostes, tum patre mortuo redeat; *jus enim postliminii hoc facit*, §. 4. *h. t.* Non turbat *L. captum.* 9. *C. de postl. reverf.*, ubi id *Legi Corneliae* tribuunt Diocletianus, & Max.; namque ipsa *Legis Corneliae* mentio indicium facit, in ea specie patrem quoque apud hostes decessisse, uti recte post Accursium Cujacius, & J. a Costa. Quod alii putant, ibi esse κατάχρησιν vocabuli *Legis Corneliae*, vix probo; nam quis facile credat, Imperatores eo vocabulo tam licenter abusos? Contra fit interdum, ut suus heres non sit aut saltem desinat suus esse, qui tempore mortis in potestate patris erat: puta, si patris memoria ob crimen perduellionis damnetur; suum enim heredem habere non potest is, cui fiscus succedit, §. 2. *h. t.*, & *L.* 1. §. 3. *D. de suis, & legit.* Hoc quo? (addit Ulp. *d.* §. 3.) *Ut nec jura sepulcrorum* (familiarium) *hic filius habeat*. Quae non ita sunt ab Ulpiano dicta de filio, qui perduellione patris desiit suus esse, ut non eadem de eo intelligantur, qui alia quavis de caussa suus non sit; quo enim nomine eum, qui familiae expers est factus, in sepulcrum inferas, quod familiaribus tantum patet? De diverso familiarium, hereditariorumve sepulcrorum jure V. *L.* 8. & 13. *C.*, & *L.* 5. & 6. *D. de religios.* Jam vero eam juris regulam, *semel heredem numquam desinere esse heredem*, *L. ait Praetor* 7. §. *sed quod* 10. *de min.*, & *L. ei, qui* 88. *de hered. inst.*, in eum sensum scite accipit J. a Costa, ut semel heres nunquam desinat esse heres facto suo, desinere autem possit vi juris.

§. VII. & VIII. Porro quod dictum est, suum heredem primum tenere in familia gradum debere, quo tempore pater moritur, id non est perpetuum: ut ecce, si paterfamililias testamento facto decedat exheredato filio, mox deliberante herede instituto filius moriatur, deinde heres non adeat; nepos poterit suus heres esse, etiamsi, quum avus moreretur, pater eum gradu praecederet: quo exemplo post Papinianum in *L. scripto* 7. *si tab. test. null.*, & Ulp. in L. 1. §. *sciendum* 8. *de suis, & legit.* utitur §. 7. Tribonianus: qui tamen non videtur sibi contrarius, quod in §. 2. *in fin. sup. h. t.* inquit, nepotem ita demum avo suum heredem futurum, si avo adhuc vivo desinat filius esse in potestate, namque aut id benigna interpretatione receptum est, ne propter summum jus, quod saepe summa injuria est, nepos avita successione defraudetur: aut referendum inter commenta juris Civilis, quod, dum jacet hereditas, vivere testatorem fingit; quum illa non heredis futuri, sed personam sustineat defuncti, *L. non minus* 31. §. *ult. de hered. inst.*, & *L. hereditas* 34. *de adq. rer. dom.*, sicque filium ante desertas ab herede tabulas mortuum vivo adhuc avo de potestate ejus exiisse, neque unquam gradu praecessisse nepotem: quo fortasse pertinet illud Papiniani in *d. L.* 7., *Quum neque pater eum in hac successione praevenerit*: & illud Ulpiani in *d.* §. 8., *Quoniam nec delata est filio hereditas*. Similia exempla habes apud Ulpia-

num

num *ibid.* ac Theophilum hic. Et quoniam postumi, quum eorum utilitas agitur, pro jam natis habentur, hinc licet nepos avo mortuo nascatur, si modo eo vivo sit conceptus, destituto post patris obitum testamento suus tamen existit, §. 8. *h. t.*, & L. *si quis 6. pr. de injusto rupt.* Ceterum *si postea*, hoc est, avo mortuo, *conceptus est*, Marcellus scribit apud Ulp. *d. L. 6. neque ut suum, neque ut nepotem, aut cognatum ad hereditatem, vel ad bonorum possessionem posse admitti*, quia, uti subdit, *d.* §. Tribonianus, *nullo jure cognationis patrem sui patris attigit, & quantum ad hereditatem* (namque in ceteris secus est, *L. Paulus 47. §. 3. D. de bon. libert.*, & L. 1. §. *consanguineos 10. de suis, & legit.*) nec pro libero est, nec pro cognato. Sic *quem filius meus emancipatus adoptavit, is nepos meus non est*, L. *quem filius 26. de adopt.*; emancipatio enim jus adgnationis perimit: *qui autem in adoptionem datur, his tantum, quibus adgnascitur, cognatus fit*, L. *qui in adoptionem 23. D. eod.*

§. VI. Quod si unus filius heres superstes sit, ex altero autem demortuo nepos neptisve existat, cum filio superstite ad hereditatem avi *pariter* vocatur, *h.* §.: idque non peculiari Capite a Decemviris cautum, uti Hotomano visum ob L. *ut intestato 3. C. de suis & legit.*, in quam v. *Obs. nostr. I, 2.*; sed benigna Prudentum interpretatione receptum est, uti apertissime Cajus in *Collat. LL. Mosaic.* XVI,: quo spectant duae hujus §. formulae *aequum esse videtur*, & *placuit*, quae in libris Jurisconsultorum non obscurae sunt disputationis atque interpretationis notae, *L. rescriptum 10. §. 1. de pact.*, *L. Cajus 11. §. 1. de usur.*, L. *tutor. 7. §. si tutor 14. de adm. & peric. tut.*, L. *si Titio 55. §. 1. de leg, 2.* Sane quum Lex XII. Tab. generaliter suos ad intestati hereditatem vocaret, nec distingueret, cujus essent gradus; ea esse mens legis visa est Jurisconsultis, ut non soli filii, filiaeve, sed & nepotes, nepotesve cum patruis concurrerent. Ita tamen non fit, ut cum suo herede succedant non sui, quod Cujacio aliud agenti excidisse, ait hic J. a Costa; sui enim sunt nepotes neptesve, quibus pater non obstat, uti Paulus in *Collat. XVI, 3.*; & Tribonianus in §. *sui 3. sup. h. t.*: nec nepotes solum neptesve, sed etiam pronepotes, proneptesve ex nepote demortuo, & sic deinceps alii; quum enim parentum intestatorum hereditas agitur, non gradus quaeritur, nec qui propior est remotiorem excludit, *h.* §. Hinc orta duplex illa succedendi ratio *in capita*, & *in stirpes*: in capita, quum pro numero capitum: in stirpes, quum pro numero stirpium secatur hereditas. *Capita* sunt personae unius aut plurium stirpium. *Stirpes* sunt generis origines. Sic filius est stirps nepotum, nepos pronepotum &c. Filii ergo patri succedunt in capita, & accipiunt singuli virilem: at nepotes ex filiis demortuis patrum subeunt locum, & avo succedunt in stirpes, ita ut nepotes ex uno filio, & nepotes ex altero, sive todidem numero, sive ex uno plures, ex altero pauciores, aut etiam unus, eas partes ferant, quas unus, & alter filius laturi essent. Cajus *Inst. II, 8. 2.*, Ulpianus *Fragm. VXVI, 2.*, & Diocletianus in L. *2. & 3. C. de suis & leg.* Habes hinc, *stirpem* proprie familiam esse; nam si singas filios tres patri superstites, quod hi patre mortuo jam patresfamilias fiunt; fa-

m ilia

milia una in tres abit. V. Cujacium *ad lib.* 111. *Quaest. Papin. in L.* 1. *de probat.*, ac Raevardum *ad LL. XII. Tab. XIX.* Quod autem ibi putat Raevardus, si intestato parenti supersint filii soli, non in capita solum, sed & in stirpes familiam ercisci, est id monstri instar; nusquam enim in jure successionis in stirpes mentio fit, quin liberorum ultra filios mentio fiat.

§. IX. Hucusque de suis. Emancipatos *Jure Civili* nihil juris habere, ait Tribonianus. *Jus Civile* est hic ipsa Lex XII. Tab., ut saepe alias. V. L. *quum ratio* 7. *de bon. damn.* juncta *L. liberorum* 220. *de V. S.* Istam hoc loco *juri Civili* notionem subesse, patet ex his, quae sequuntur, *Neque enim sui heredes sunt, qui in potestate parentis esse desierunt, neque ullo alio jure per legem XII. Tab. vocantur*: quibus ratio traditur ejus, quod initio dictum est, emancipatos jure Civili nihil juris habere. Jam illud, *neque ullo alio jure &c.* ad jus adgnationis refertur. quasi scriptum sit, ideo nihil juris esse emancipatis quod Lege XII. Tab. nec sui sint, neque adgnati: ut perperam Hotomanus *τὸ per legem XII. Tab.* ex glossa sumtum putet, in eaque non *per*, sed *praeter* scriptum hoc sensu, *nullo alio jure post XII. Tab. constituto*. At Praetor, qui naturali aequitate movetur, & jura sanguinis respicit, quae nullo Civili jure dirimi possunt, *L. jura* 8. *de R. J.*; rescissa capitis diminutione, emancipatis, sive soli sint, sive concurrant cum suis dat bonorum possessionem *Unde liberi*, quasi in potestate fuissent tempore mortis, L. *Sed quum* 6. §. 1. *de bonor. possessionib.*, L. *liberi* 4. *si tab. test. null.*

§. X. XI. XII. V. XIII. At si emancipati se se dederint in adrogationem, nec civili jure, nec Praetorio ad patris naturalis hereditatem vocantur, §. 10.: non Civili, nam neque sui sunt, neque adgnati, quos tamen solos Lex XII. Tab. admittit: non etiam Praetorio; cur enim Praetor eis consuleret, quibus satis erat in adrogatoris familia prospectum, in qua suorum heredum & adgnationis jura obtinuerunt? Quid si ii rursus ab adoptivo patre emancipentur? Sane interest, num vivo patre naturali, an post ejus obitum emancipati sint; nam vivo eo emancipati perinde ad ejus *bona admittuntur, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent*, sicque jus liberorum per adrogationem amissum beneficio Praetoris recuperant, L. *liberi* 4. *si tab. test.*, & adoptivo patri extranei loco sunt, L. *in omni* 13. *de adopt.*; post mortem vero patris naturalis emancipati gradum liberorum non consequuntur, ac proinde bonorum possessionem *Unde liberi* ex edicto Praetoris non habent; sive quod iniquum videtur, jus hereditatis in arbitrium adoptivi patris conferre, qui potest facere, ut patri naturali intestato succedat adgnatus proximus, non emancipando: non succedat, emancipando, contra juris [illegible] in L. *institutio* 32. *de her. inst.*, quae est ratio Triboniani; sive quod iniquum videtur, hereditatem jam delatam aut quaesitam aliis liberis adgnatisve ex post facto auferri, quae ratio minus longe petita est. Merito igitur ait Tribonianus §. 11, minus juris habere adoptivos filios, quam naturales; hi enim etsi per emancipationem gradum liberorum jure Civili deperdant, *per Edictum tamen Praetoris ad bonorum possessionem vocantur*; at

L. 4.

L. 4. *si tab. test.*: at illi, si ab adoptivo patre emancipentur, *liberorum nomen* & quicquid juris in adoptivi patris familia habuerunt, amittunt, neque Edicto Praetoris adjuvantur, *d.L.*4. & *d.L.*13. Plane naturales filii, natura sunt filii, nec naturalia jura perimere potest emancipatio, quae civile commentum est, *d.L.jura de R. J.*: at adoptivi filii instituto civili sunt filii, ac proinde jus omne adoptionis emancipatione finitur, *L. non tantum* 3. §. *sed si* 2. *D. cont. tab.* Nunc vide, quibus conveniant inter se bonorum possessio *Unde liberi*, atque ea, quam Praetor *contra tabulas* testamenti liberis praeteritis pollicetur. Utraque non modo emancipatis, sed etiam suis competit, §. 1. *infr. de bon. poss.*, & §. *emancipatos* 3. *de exher. liber. lib.* 2., etsi testamentum suo herede praeterito nullius momenti sit jure Civili, *L.* 1. *pr. de injust. rupt.* Utraque iis non datur, qui, quo tempore pater naturalis moritur, in adoptiva familia sunt, quia jam alium patrem habent, cui heredes sunt jure Civili, *L. cum adoptivis* 10. *C. de adopt.* Utraque demum liberis ab adoptivo patre emancipatis contra patris adoptivi tabulas non datur, jure adoptionis per emancipationem dissoluto, *d. L.* 3. §. 2. *D. contr. tab.*, & §. 12. *h. t.* Licet autem qui post parentis naturalis obitum ab adoptivo emancipantur, neque ut liberi, neque ut adgnati ad bonorum parentis naturalis possessionem admittantur, quia utrumque jus adoptione amiserunt; admitti tamen eos, inquit §. 13. Tribonianus ex ea Edicti parte, qua vocantur cognati; adoptivi enim filii omnia *cognationis jura in patris naturalis familia retinent*, *L.* 1. §. *cognationem* 4. *D. unde cognati*. Sed ita demum ex ea parte admittuntur, si nec sui heredes, neque emancipati liberi, neque ullus adgnatus obstet; hoc enim ordine Praetor ad bonorum possessionem admittit, ut primo loco sui & emancipati, secundo adgnati, quos Tribonianus *legitimos* appellat; tertio demum vocentur cognati, *L.* 1. §. 1. *D. si tab. test.*, & *L.* 1. *pr. quis ordo in poss.*

§. XIV. Jam vero de filiorum adoptivorum successione extat nova Justiniani Constitutio in *d. L. in adoptivis* 10., cujus mentio est *h.* §. Et jure quidem veteri non ii modo, qui, quum sui juris essent, se se dabant aliis in adrogationem, sed & filiifamilias, qui a patribus suis in adoptionem dabantur, ita in potestatem & familiam adoptivi patris transibant, ut jus omne liberorum & suorum in familia patris naturalis amitterent. At Justiniani Constitutione nonnihil derogatum est juri veteri, puta, quantum ad eos, qui a patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur; fieri enim poterat, ut adoptivus filius, adoptione post patris naturalis obitum per emancipationem soluta, utriusque patris hereditate excideret, *d. L. in adoptivis* 10.: quod unum erat veteris juris incommodum: & minus proprie Tribonianus *nonnullos* se invenisse *casus* ait, quibus adoptivi filii *ad neutrius patris successionem* vocarentur. Jure igitur novo si filiusfamilias a patre suo naturali in adoptionem extraneo datus sit, (*extraneus* dicitur quicunque est extra lineam parentum) omnia ejus jura in familia naturali integra serventur, perinde ac si *in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsequuta, nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem*,

 & qui-

& quidem jure sui heredis *h.* §., & *d.* L. 10. §. 1.: quod singulare est; regula est enim juris, qui in potestate non est, eum non posse jus sui heredis habere. Ceterum testamento ab adoptivo patre facto, adoptivus filius neque jure Civili, neque Praetorio ex hereditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta, ut antea, §. 4. *de exher. liber.*, & §. 2. *sup. de inoff. lib.* 2., cujus juris rationem plane ineptam proponit Tribonianus, ut multis *lib. III. Obs. nostr. cap. ult.* De reliquo adeo verum est, eum filium nihil ex hereditate adoptivi patris persequi posse, ut etiamsi ex *Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus, neque ei quarta servetur, neque ulla actio ad ejus persequutionem* competat, *h.* §. & *d.* L. 10. De Sabiniano S. C., & adoptione ex tribus maribus v. *Obs. nostr. II.* 3. Nunc si habe Senatui placuisse, ut si quis trium marium pater unum daret in adoptionem, pater adoptivus filio ex tribus maribus adoptato quartam testamento relinqueret: quod favor masculorum suasit. J. Goth. in *L. si quis* 132. *C. Th. de Decurion.*

§. XV. & XVI. Reliquum est nunc, ut de descendentibus ex feminis dicatur. Ait Tribonianus §. 15., *Vetustati* placuisse, ut soli nepotes neptesve ex maribus tanquam sui heredes ad ivi successionem venarent exclusis adgnatis; nepotes autem neptesve, & sic deinceps alii ex feminis tanquam cognati *tam avo vel proavo materno, quam aviae vel proaviae sive paternae sive maternae* post adgnatos succederent. Et Lex quidem XII. Tab. suos tantum ad intestati successionem vocavit, quales non sunt nepotes neptesve ex filia. At vero Praetor natos ex feminis post adgnatorum lineam tanquam cognatos admisit. Igitur Tribonianus hic nomine *Vetustatis* & legum XII. Tab., & jus Praetorium spectavit: nec ferendus est error Mynsingeri, Cantiunculae, ac Giphanii, qui putant, ex feminis aeque atque ex maribus natos ad intestatorum hereditates Lege XII. Tab. vocari, ac proinde *suorum & cognatorum* discrimen ex media Jurisprudentia profectum. Divi autem Principes Valentinianus, Theodosius, & Arcadius in *L. si defunctus* 4. *C. Th. de legitim. hered.*, quam Constitutionem ex parte descripsit Justinianus in *L. si defunctus* 9. *C. de suis & legit.*, prognatis ex femina jus suorum concessere, ita tamen, ut *minus tertia parte acciperent, quam mater eorum vel avia fuerat acceptura.* Finge. Avus maternus moritur intestatus superstite filio, & ex filia demortua nepote. Filius bessem hereditatis, nepos trientem accipiet, hoc est, *tertia parte minus, quam mater fuerat acceptura*; mater enim semissem tulisset. Hujus juris alia melior adferri ratio non potest, quam sola benignitas Imperatorum: quae enim caussatur hoc loco Tribonianus, sunt plane ridicula. V. *Obs. nostr. lib. III. cap. ult.* Id unum hic moneo, jus vetus a Triboniano dici *injuriam contra naturam*, ut, quod *pr. h. t.* contra Bynk. est adnotatum, probe intelligas, quum staret adhuc differentia inter adgnatos, & cognatos, caussam succedendi fuisse jam omnino immutatam. Pari ratione constitutum est, ut descendentes ex feminis triente minus acciperent, quam fuisset accepturus *vel pater eorum, vel avus paternus sive maternus, quando femina mortua sit, cujus de hereditate agitur:*

qui-

quibus verbis respicere videtur Tribonianus ad Senatusconsultum Orficianum, quod prae aetate Divorum Principum est sane vetus. Eo S. C. intestatae matris hereditas liberis dumtaxat primi gradus pleno jure deferebatur, nepotibus, ceterisque adgnatis prorsus exclusis, *tit. 2. infr.* Verum hi quoque demta tertia parte admissi sunt. Huc igitur spectant ea verba, *vel pater eorum*, (supple, *vel mater*) *vel avus paternus sive maternus* (supple, *vel avia paterna sive materna*) *quando femina mortua sit*. Finge. Avia moritur intestata, superstite hinc filio filiave, illinc nepote nepteve ex filio filiave defuncta. In hac specie nepos neptisque S. C. Orficiano exclusi, admittuntur tamen Constitutione Divorum Principum ea lege, ut tertia parte minus accipiant, quam pater materve eorum habuisset ex S. C. Finge quoque proaviam intestato mortuam, atque hinc superstites liberos primi gradus, illinc pronepotes, pronneptesve ex nepote nepteve ex filio filiave praemortua. In hac etiam specie pronepotes proneptesve minus tertia parte accipiunt, quam avus paternus sive maternus, vel avia paterna sive materna tulisset ex S. C. Prognatis autem ex femina, licet soli sint, adeuntibus, adgnatos ea Constitutione *minime vocari*, ait Trib.: non quod penitus excludantur, namque accipiunt quidrantem, sed quod non soli & in solidum, ut antea, succedant, uti liquet ex *d. L. 4.* & §. *16. h. t.* Et quemadmodum Lex XII. Tab. filio mortuo nepotes vel neptes, pronepotes vel pronneptes in locum patris sui aut avi paterni ad avi vel proavi paterni hereditatem vocat: ita Imperatorum Constitutio nepotes & pronepotes ex filia vocat in locum matris suae aut aviae maternae ad avi vel proavi materni successionem, ut tertia parte detracta cum defuncti liberis superstitibus concurrant. Successit tandem Justiniani Constitutio in *L. ult. C. de suis & legit. lib.*, qua sancitum, ut quousque descendentes extabunt, quamvis ex femina, adgnatos omnino excludant: & hoc plus ut, si cum liberis primi gradus concurrunt, non in capita, sed in stirpes succedant: quod posterius non est quidem verbis Constitutionis comprehensum, ex sententia tamen ejus exprimit Tribonianus §. 16.

TITULUS II.

De legitima (a) adgnatorum successione.

PR. TIT. & §. I. & II. In secundo ordine sunt adgnati, quibus lege defertur hereditas, si neque existat suus heres, aut ullus alius ex his, quibus Praetor, & Constitutiones jura suorum dedere, nec futurus speretur: puta, si nec defuncti uxor uterum gerat, nec defuncti filius

(a) *Generaliter* legitimus heres *est quisquis* lege ab intestato est heres, *uti Pomponius loquitur L. statuliberi 29. §. 1. de statulib. V. Brisson. de V. S. v.* Legitimi. *Sed Jurisconsulti adgnatos proprie* legitimos *dixere, L. de bonis 6. §. 2. de Carbon. Edict. Huc pertinet Titulus D. de suis, & legit. Atque hinc τὸ* legitima *in nostro Titulo momenputa.*

lius apud hostes sit, *L. inter adgnatos 5. §. quamdiu D. unde legit.*, *L. post consanguineos 2. D. de suis & legit.* Adgnati sunt *cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi a patre connati*, §. 1.: qua definitione suos etiam contineri, ne ambigas. *Filius patri adgnatus proximus est*, inquit Pomponius in *L. filius 12. de suis, & legit.*, in quam non video cur Alciatus *Parerg. III*, 25., & Hotomanus *Obs. I*, 17. abnutivam particulam intrudant: quum quod in *d. L.* 12. Pomponius, idem habeant Paulus in *L. ult.* §. 3. *de grad.*, ac Theodosius in *L. ult. C. de Codic.* V. Cujac. *Obs. XIV*, 11., & Robert. *Recept. Lect. I*, 2. Verum hoc loco adgnati proprie sunt, qui ex latere per virilem sexum conjuguntur, ut fratres ex eodem patre, licet non ex eadem matre, qui *Consanguinei* vocantur: patruus, & *fratris* filius (*b*): fratres patrueles, id est ex duobus fratribus nati, quos olim dictos etiam *fratrules* adnotavit Gentilis in *Orig. ad D. v. Consobrini*: a plerisque autem vocari *consobrinos*, inquit Cajus in *Collat. XVI*, 2., quamvis consobrini proprie sint duarum sororum filii, quasi *consororini*, *L. 1. §. 6. de grad. & adfin.*: ac deinceps ceteri, si qui sunt hinc orti in infinitum, *d. L.* 2. §. 1. Jam vero secundum ea, quae de suis dicta, adgnati sunt ii etiam, qui post mortem patris nascuntur, *L. nati 6. D. unde legit.*, & *L. 1. §. consanguineos 10. de suis & legit.*, si tamen vivo eo, de cujus successione agitur, saltem concepti sint: & non naturales solum, sed & adoptivi, §. 2. *h. t.*; servata tamen semper distinctione, quam in jus invexit Justinianus in *L. pen. C. de adopt.*; licet adoptivi minus proprie dicantur consanguinei; nam Cassius consanguineos definit eos, qui sanguine inter se connexi sunt, *d. L.* 1. §. 10. In iis Triboniani, *Si quis ex ceteris adgnatis tuis, veluti frater, aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, adgnatus inter suos heredes esse non dubitatur*, certe aliquid mendi est. Et veteres quidem Libri τὸ *heredes* non habent, neque illud patitur contextus orationis; quid enim huc pertinet mentio suorum heredum? Et hanc ego facio conjecturam, τὸ *suos*, quod proxime praeit, quodque nullo alio addito est saepe idem ac *suos heredes*, imperitum quemdam interpretem adduxisse in opinionem, de suis heredibus agi hoc loco: eumque ita opinantem adscripsisse margini per interpretationem *heredes*, quae vox tandem librarii vitio invasit in textum. Porro veteres Libri habent *adgnatos* accusandi casu. Τὸ *suos*, quod est omnium Codicum fide tutum, Hotomanus mutat in *tuos*, ut ita respondeat τῷ *tuis*, quod praecedit. Sed praeterquam quod illud *tuis* a quibusdam veteribus Libris abest, referri vox *suos* ad τὸ *quis* rectissime potest.

§. III. & IV. Atque hos omnes nullo sexus discrimine Lex XII. Tab admisit, suaque definitione admittit Tribonianus: cui non obstat Ulpianus in *Fragm. XI*, 4., & in *d. L.* 2. §. 1., quibus locis adgnatos esse

(b) *Tribonianus de more Jurisconsultorum, & optimorum quorumque Auctorum latinitatis* filium fratris *appellat, quem vulgo dicunt* nepotem ex frate. *Sed* nepotem ex fratre *veteribus quandoque dictum, docet Is. Casaub. in Spartian. Hadrian.* 2. *In Jurisconsultorum libris nullum ego adhuc reperi exemplum.*

esse ait *cognatos virilis sexus*; pro subjecta enim materia loquitur is utrobique: & *in Fragmentis* quidem pro ratione tutelae, quae virile munus est: in *d.* autem *L.* 2., ut & in *Fragm. XXVI, pr.* pro ratione intestatae successionis, quam adgnatis feminis lex eo tempore non deferebat. Et vero placuisse post LL. XII. Tab. scribit §. 3. Tribonianus, ut ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertineret: quod idem habent Paulus *Sent.IV.*8.22., & Ulp. *Fragm.XXVI.* 6.: novumque id jus vocat Tribonianus *mediam jurisprudentiam*: quo nomine intelligere eum voluisse Cujacius, & Hotomanus putant νομοθεσίαν, h. e., leges latas post XII. Tab., ac proprie L. Voconiam (c). Male; primum enim jam ante tempora Pauli & Ulpiani L.Voconiam obliteraverat *opulentia civitatis*, uti Gellius inquit *XX*, 1.; Paulus tamen & Ulpianus de ea re tanquam praesenti loquuntur: nec dubium est, quin media illa Jurisprudentia perstiterit usque ad Justiniani Constitutionem in *L. pen. C.de legit. her.*: deinde quis credat, L. Voconiam, quae vetabat, ne quis census (*d*) heredem virginem, neve mulierem faceret (*e*), uti est apud Tullium *lib. I. in Ver. cap.* 42., ne unicam quidem filiam, quod addit Augustinus *de Civ. Dei III*, 21.; consanguineas admisisse ad legitimam successionem, cujus non tanta est gratia in jure, quanta testamentariae est? Quae cum consistere nullo modo possint, id inductum dicamus, necesse est, *jure Civili*, ut Paulus ait *loc. cit.*, h. e., Prudentum interpretatione, quae passim *communi nomine appellatur jus Civile*, *L.* 2. §. 5. *de O. J.*: quo spectat etiam τὸ *placebat*, quod usurpat hic Tribonianus. V. dicta in §. 6. *tit. praec.* Sed scrupulum omne eximit alter Pauli locus in *Collat. LL. Mosaic. XVI*, 3. *Sane consanguineos Lex* (XII. Tab.) *non adprehenderat* (h. e., non in specie expresserat. V. Schulting. in *Paul. Sent. IV*, 8. 3.*): *INTERPRETATIONE PRUDENTUM primum inter adgnatos locum acceperunt*. Cujacio, & Hotomano fraudi fuit illud Pauli *Sent. IV*, 8. 22., *Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque jure Civili, vel Voconia rogatione videtur effectum*. Hotomanus errore notarum scriptum suspicatur *vel* pro *id est*. Expeditius erat τὸ *vel* interpretari *id est*: quod sonat ea particula in *L. ult. C. ubi, & apud quem cognitio* &c. *Apud compromissarios judices, vel arbitros ex communi sententia electos*. Cujacius autem, quod τὸ *vel* ab antiquis quibusdam Codicibus abest, eodem sensu legit, *jure Civili Voconiana rogatione*. Sed omnino legendum cum Giphanio in *d. Pauli loc.*, & Ve-

(c) *De hac Lege v. Obs. nostr. I, 2.*

(d) *Quid census? Intricatior res est, quam ut hic defunctoriae possit extricari. V. Perizonum Diss. de L. Voconia contra Asconium Pedianum fuse ac subtiliter disserentem.*

(e) *Addit Dio lib.* 56., supra XXV. millia, *Num. XXV.* millia sestertium? *Ita Cujacius in pr. tit. Inst. de L. Faleid.*, *Balduinus de L. Vocon.*, *& plerique omnes. An potius* dracmarum? *Ita Perizonius ibid.*, *& Zachar. Huber. Diss. de Testam. Augusti. Ego id in medium relinquo; non enim id ago. Ex aliqua parte potuisse mulierem scribi heredem, testis est Dione locupletior Tullius de fin. II*, 17.

Vertranio Mauro *de jure liber. cap.* 27., *idque jure Civili Voconia ratione* namque ita legitur in *Collat. LL. Mosaic.* XVI, 3. ubi is idem locus Pauli descriptus est. Nunc facile se se exserit Pauli sententia, feminas ultra gradum consanguineorum legitima hereditate exclusas jure civili non alia ratione, quam ea, qua tum Voconius Saxa Tribunus pl. hereditate testamentaria feminas exclusit, puta, ne bonis auctae insolescerent, ac ne bona per eas e familia exirent. De hac re v. *Obs. nostr. I*, 2. Media igitur Jurisprudentia est omnis ea Juris Civilis aetas, quae post LL. XII. Tab., puta, ab interpretatione Prudentum decurrit *ad Imperialem dispositionem*, uti Tribonianus §. 3. inquit, h. e., ad Constitutionem Justiniani, qui eam primus sustulit *L. pen. C. de legit. her.*, restituto jure XII. Tab.: quod ego in hac specie verosimilius arbitror; namque alias media Jurisprudentia alia est. V. *Obs. nostr. III*, 1. Sed antequam Justiniani Constitutio prodiret, jam Praetores emollita veteris juris adsperitate adgnatas feminas admiserant in ordine cognatorum, *d.* §. 3.: cujus *humanitatis* (f) laudat quidem eos Tribonianus, sed non plene per eos prospectum feminis, ait. Nec meo judicio tantum permittere sibi Praetores poterant, ut media Jurisprudentia abrogata Decemvirale jus revocarent in usum. Lege ad eam rem erat opus. Verum non satis habuit Justinianus legem XII. Tab. recentare: Porro unum gradum, nempe, tertium de cognatione transtulit in adgnationem, sicque mortuo eo, qui patruus est filiis fratris sui, avunculus autem filiis sororis suae sive germanae, sive consaguineae, sive etiam uterinae, aeque omnes ab utroque latere ad successionem vocavit, quasi omnes intestato patruo eidemque avunculo per virilem sexum conjungerentur, nisi tamen defuncti fratres, sororesve superessent; his enim praeuntibus ceteros gradus exclusit, *hereditate non in stirpes, sed in capita dividenda*, uti lateralis lineae ratio postulabat, §. 4. *h. t.* De jure novissimo inferius dicam. Ita ab Justiniano cautum eadem *L. pen.* §. 1. ut jure demireris Hotomanum, qui Justiniani Constitutionem desiderari scribit. Ne autem offendiculo esset Jurisconsultis uterinae etiam sororis, quae cognata erat, filios numero adgnatorum haberi, Justinianus jam ante *L. pen.*, quae an. DXXXII. scripta est, uterinos traduxerat in ordinem legitimorum *L. ult. C. ad S. C. Tertyll.* data an. DXXVIII. Quae omnia aut venali Triboniano, aut, quod vero propius, uxorio Imperatori debentur.

§. V. VI. & VII. Quoniam autem Lex XII. Tab. ait, *Adgnatus proximus familiam habeto*, adgnatis servata gradus praerogativa defertur hereditas ita ut proximus remotiore potior sit, &, si plures sint ejusdem gradus, omnibus in capita; nam gradus ipse spectatur, §. 5. *h. t.*, & *L. post consanguineos* 2. §. 2. *de suis, & legit.*, uti de legitima tutela scriptum est in L. *si plures* 9. *de legit. tut.* Nec quidquam obturbat, quod singulari numero usa Lex sit, *quia is est proximus, quem nemo antecedit, & is ultimus, quem nemo sequitur: & interdum idem primus postre-*

(f) Laudamus Praetores suae humanitatis, *ait Tribonianus Graeco loquendi more. Subaudi* caussa, nomine. *V. Ant. Augustinum Emend. II*, & *Muret. Obs.* jur. 11.

stremusque, qui solus occurrit, *d.* L. 2. §. 4. Quum autem duo pluresve adgnati sunt ab eodem gradu venientes, singuli sunt proximi, quod eorum singulos praecedat nemo. Et quemadmodum de suis heredibus traditum suo loco est, ita de adgnatis traditur §. 6. *h. t.*, proximum adgnatum esse, quem nemo praeit tempore delatae hereditatis. Id vero tempus non est semper idem; si enim nullo testamento facto, aut non jure facto, aut facto quidem jure, sed mutata dein voluntate everso quisquam decesserit; eo casu tempus delatae hereditatis in ipsum incidit tempus mortis: at si quis testamento facto decesserit, quod tum eo mortuo destitutum est, in ea specie deferri tunc demum dicitur hereditas, quum deseritur testamentum, quia tunc certum est, neminem ex eo testamento heredem extitisse, *d.* L. 2. §. 5. & 6. V. adnotata in §. 7. *praeced. tit.* Sed hoc postremum jure veteri secus erat. *In hereditate legitima successioni locus non est*, verba sunt Pauli *Sent. IV*, 8. 23., & *ideo fratre decedente, antequam adeat aut repudiet hereditatem, fratris filius admitti non potest*. Antiqui juris ratio ea erat, quam subdit continuo Paulus, *quia omnis* (g) *successio* (subaudi, *legitima*; de ea enim agitur) *proximiori defertur*, & quod explicationis gratia addendum, semel. Porro ait Ulpianus *Fragm. XXVI*, 5., *Si plures eodem gradu sunt adgnati, & quidam eorum hereditatem ad se pertinere noluerint, vel, antequam adierint, decesserint, eorum pars adcrescit his, qui adierint* (h). Adde L. *si ex pluribus* 9. *de suis, & legit.* At Praetor Edicto successorio, de quo est peculiare Caput in Pandectis, ulterioris gradus adgnatos ex ordine cognatorum vocavit, *utpote adgnationis jure eis recluso*, inquit Trib. §. 7. *h. t.*, ubi malunt alii *praecluso*; nam *recludere* Latinis est *aperire*, non *claudere*. Sed certe Trib. *recluso* scripsit pro *praecluso*; in eundemque sensum *recludere* usurpavit in L. *pen. C. de legit. hered.* Tribonianum tuetur Justini locus I, 9. Num Justinus unus vix bonus latinitatis auctor eum satis tueatur, aliorum judicium esto. Tandem Justinianus Constitutione sua de jure patronatus, cujus mentio redibit *tit.* 7., in legitima hereditate successionem admisit, omnesque ulterioris gradus adgnatos in locum eorum, qui non adiere, tanquam adgnatos vocavit: eumque movit & exemplum Praetoris, qui inter cognatos dederat successionem, L. 1. *pr.* & §. 6. ac 10 *de success. edict.* & ea maxime ratio, quod in onere tutelarum, primo adgnatorum gradu deficiente, proxime sequens veteri jure Civili succederet, L. *tutela* 3. §. *pen. de legit. tutor.*: est autem secundum naturam, *commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda*, L. *secundum* 10. *de reg. jur.*

§. VIII.

(g) *Non video, cur pro* omnis *legant quidam* omissa, *& cur Hotomanus in* §. 6. *h. t. malit* emissa, *hoc est, in medio posita. Τὸ* omnis *recte habet: nec referri tamen debet ad solam adgnatorum successionem, quod Schultingius videtur facere in d.* §. 25., *namque in suis etiam heredibus successio non erat*, L. 1. §. *sciendum* 8. *de suis & legit.*

(h) *Quis nunc ferat Balduinum lib. 4. Justiniani sui scribentem, jus caducorum in caussa intestati obtinuisse? Nullum ei in ea caussa fuisse locum, adscripta Ulpiani verba nos docent. Quod Balduinus addit, Ulpianum jus illud dissimulasse, risum ciet. Schulting. in Ulp. cit. loc.*

§. VIII. Postremo loco ait Tribonianus, jure antiquo parentem, si contracta fiducia filium filiamve, nepotem, neptemve, aliumve deinceps *manumiserat*, h. e. emancipaverat (*i*), ad legitimam successionem vocatum tanquam patronum: nova tamen Constitutione Justiniani emancipationem semper contracta fiducia factam intelligi, proindeque parentem emancipatorum liberorum semper heredem esse, *L. ult. C. de emancip. liber.*; quamquam minus proprie dicatur fiducia intelligi, quae jam novo jure sublata est.

TITULUS III.

De Senatusconsulto Tertylliano (*a*).

PR. TIT. §. I. II. & III. *Lex 12. Tab.* (*b*), inquit *pr. h. t.* Tribonianus, *ne inter matrem quidem & filium, filiamve ultro citroque hereditatis capiendae jus dabat*; neque enim mater adgnata filio erat, nec filius matri suus. At quoniam mater & liberi natura cognati sunt, Praetor naturali aequitate motus matrem, ac liberos ex ea Edicti parte vocavit, qua vocantur cognati, L. *hac parte 2. D. unde cognati*. Deinde Claudius Imp. *matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem*, §. 1. *h. t.*, quemadmodum succursum esse patri, ait Pomp. in *L. jure 6. de jur. dot.*, ut filia amissa solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne & filiae amissae, & pecuniae damnum sentiret. Ita mater, quae inter cognatos erat, legitima heres facta est, quo pertinet *legitima* hereditas in *d.* §. 1. Adde locum Ulp. *Fragm. XXVI*, 8. Liberos *amissos* intellige non eos solum, qui in acie ceciderunt, quod visum Hotomano, sed quovis loco, & quavis caussa defunctos. In acie caesos fuisse oportuit, uti ad publicorum munerum excusationem, aut ad sumendos primum fasces prodessent. Trib. *pr. tit. de excus. tut.*, & Gell. II, 15. Idem de capiendis hereditatibus nusquam est

(i) *V. Comm. nostr. in* §. 6. *tit.* 12. *lib.* 1.

(a) *Id non Legi XII., sed mediae Jurisprudentiae tribuendum, ait Th. Marcilius ad LL. XII. cap. 26., namque ea Lege materfamilias in manum conventione liberis suis soror erat, & consors. Notat igitur Tribonianum, quod scripserit*, Lex XII. *&c., quum scribendum esset, uti scriptum ab Ulp. Fragm.* XXI, 7., Ex Lege XII. *&c.*, h. e. *per interpretationem. Si id non est, quid tandem erit sophistam agere? Tribonianus de matre loquitur, uti matre, deque filio, uti filio. Hoc sensu vere Lex XII. jus capiendae hereditatis inter eos non dedit. Eodem sensu de matre ac liberis loquutum Ulpianum iis verbis*, Ad liberos intestatae matris hereditas ex Lege XII. Tab. non pertinebat, *ea ratio probat, quae continuo sequitur apud eum*, quia faeminae suos heredes non habent. *Porro τὸ* ex Lege *quandoque esse ex Legis sententia, atque interpretatione: quandoque ex verbis ipsis* Legis, *idem Ulp. docet L. nominis 6.* §. 1. *de V. S.: neque est, cur* Lex *accipi in utrumque sensum non possit, V. Obs. nostr. I, 3.*

est scriptum. Denique temporibus Hadriani *de tristi* (c) *successione matri deferenda plenissime cautum est* Senatusconsulto, quod Tertyllianum, seu Tertullianum dicitur a Tertyllo, seu Tertullo Consule nescio quo, certe tamen suffecto, cujus proinde nulla in Fastis mentio (*d*). Eo S. C. mater ingenua trium, libertina quatuor liberorum jus habens ad bona filiorum filiarumve admissa est, licet in potestate parentis esset, modo jussu ejus adiret, *L. sive* 2. *D. ad S. C. Tertyl.*. & §. 2. *h. t.* Mater, inquam, non avia, & tunc demum mater, quum jus liberorum aut natura aut beneficio Principis habebat, modo, si natura, & *vivos*, & *pleni temporis* peperisset, ut loquitur Paulus *Sent. IV.*, 9. 1.; inter natos enim non sunt, qui mortui nascuntur, & contra naturae votum videntur nasci qui praemature eduntur. *Maturiores* dicit Paulus *ibid.* §. 5. aut *septimo pleno*, aut *decimo mense* natos. Non negat tamen, natos ad initia septimi mensis maturos esse; namque hos matri prodesse, inquit *eod.* §. 5.: quo spectat etiam alter Pauli locus in *L. intestato* 3. §. *ult. de de suis & leg.* Omnia haec ex Hippocrate hauserant Romani Jurisconsulti. V. Cujac. in *d.* §. 5. & Fabrot. *Exercit I.* in *Thes. Otton. tom.* 4. *Tergemini* quoque proderant matri, si editi tamen essent *per intervalla*; ita enim ea ter videbatur enixa, *L. ter enixa* 137. *de V. S.* Sed non proderant *contra formam humani generis* nati, puta, *monstrosi*, aut *prodigiosi*, quod hi liberi esse non videbantur: neque *aborsus*, *vel abactus venter* Paul. §. 3. & 6. At vero matri obstant liberi defuncti cujuscumque gradus, si sui sint aut suorum loco, etiam adoptivi, & ex doptivo filio na-

C ti.

(c) Tristis *est successionis adjunctum*, *non matris*, *ut putant nonnulli*, *qui malunt*, tristi matri successione &c. *Ita Justinianus* luctuosam hereditatem *dicit in L. ult. C. de inst.*, *ac* triste lucrum *in L. ult. C. comm. de success.*, *quum parentes liberis contra ordinem*, *ac votum succedunt*. *Non negaverim tamen*, *saepe in antiquis titulis parentes liberis turbato ordine succedentes dici* tristes, *ac* sceleratos, *h. e. infelices*, *nam* scelus *non raro* infortunium *est*, *quod multis exemplis Fabrettus docet p.* 237 *&* 238.

(d) *Quod fasti nullum sub Hadriano Tertullum habeant*, *sub Antonino autem habeant Tertullum & Sacerdotem an. a Chr. nato* 158., *quorum vetus inscriptio meminit apud Fabrett. p.* 359.: *quodque Antoninus jure adoptionis aliquando Hadrianus dicatur*; *conjecturam Cujacius facit*, *quem hic Tribonianus Hadrianum appellat*; *eum esse Antoninum Pium*. *Et hunc quidem sub Hadriani nomine latentem cognosces in L. acceptis* 93. *ad L. Falc.*, *& L. deducta* 58. §. 3. *ad Treb.*, *si tamen cum iis LL. conjungas L. in quartam* 91. *ad L. Falc.*: *itemque in L. si de vi* 37. *de judic.*, *si ei tamen adnectas L. qui coetu* 5. §. 1. *ad L. Jul. de vi publ. Sunt quoque in rem aliquot lapidum tituli apud Gruter. p.* 253., *& Fabrett. p.* 542. *& inscriptio Apologiae Justini Philosophi ad eundem Principem*. *Verum quoniam praeter Tertullum & Sacerdotem*, *qui sub Antonino Consulatum gessere*, *occurrunt in L. mariti* 29. § 5. *ad L. Jul. de adult. Tertyllus & Maximus incertae aetatis*, *certe vero suffecti Consules*, *hos referre ad tempora Hadriani quis vetat? Ne ipse quidem Cujacius in not. poster. ad hunc loc. Vetat vero A. Schultingius ad Ulp. XXVI*, 8., *cui vide quid reponam Obs. II*, 4.

nati, §. 3. *h. t.*, *L. sive* 2. §. 6, & *L. aequissimum* 5. *pr.* & §. 1. *ad S.C. Tertyll.*: quodque Justiniani Constitutione in *L. pen.* §. 1. *C. de adopt.* iis qui extraneo in adoptionem sunt dati expresse concessa successio est, patet omnes adoptivos matri praeferri. Eodem prorsus jure censeri debent adoptivi emancipati, *si ex liberis naturalibus fuerint, ut puta, nepos naturalis ab avo adoptatus, nam licet sit emancipatus, bonorum possessione accepta matri obstabit*, *d.* §. 6. Quod si defuncta sit *filia sua*, ut loquitur hic Tribonianus (h. e., sui juris filia, quo sensu *suum* Ciceroni ac *meum* Persio dictum, observat Hotomanus in *d.* §. 3.) liberi ejus obstant aviae ex Constitutionibus, *L. si matre* 11. *C. de suis, & leg.*, & *L. quoties* 4. *C. de S. C. Orphit.* Ceterum si Constitutiones deessent, par videretur jus aviae, & liberorum, quum hos Orficianum, illam vocet Tertullianum. At pater utriusque, nempe, filii vel filiae intestatorum potior est matre, non avus & proavus, *quum inter eos solos de hereditate agitur*, h. e., inter matrem, & avum vel proavum. Sane si pater est mortuus, mater, & avum, & proavum excludit. Si pater superest, & in potestate adhuc est, avus vel proavus potior est patre: si de potestate exiit, ipse omnibus obstat. Si vero avus, filio in potestate retento, nepotem emancipaverit, ipsi patri tanquam patronus praefertur, *d. L.* 5. §. 2. Deinde si cum matre concurrant fratres consanguinei, hi & filii & filiae matrem excludunt, etsi per adrogationem quaesiti, *L. si quis* 7. *D. eod.*: si sorores consanguineae solae, pariter veniunt cum matre, *d. L.* 2. §. 18.: si & sorores & fratres consanguinei, hi pariter succedunt exclusa matre *liberis onerata*, ut legitur vulgo in *d.* §. 3., vel potius *honorata*, uti Cujacius mavult, & legisse videtur Theophilus; quod liberi in ea specie non oneri essent matri, sed honori & emolumento: unde *quatuor filiis honorari* Metellus Tullio dictus *Tusc. Disp.* I, 35. Ceterum quoniam Trib. solos consanguineos matri opponit, probabile est, matrem reliquis ex latere sive cognatis, sive adgnatis potiorem fuisse.

§. IV. & V. Ac de S. C. Tertylliano hactenus. Verum Constitutione Justiniani in *L.* 2. *C. de jur. lib. plenum jus legitimum* matribus datum est, sive ingenuis, sive libertinis, licet non quater, aut ter enixis: idque Theodora potius suadente constitutum est, quam quod & natura, & puerperium, & mors in difficili partu non rara id suadere viderentur. & recte Senatus liberorum caussa jus succedendi matribus concessit, ut feminae, genus hominum avarissimum, eo praemio ad liberorum procreationem, atque educationem invitarentur: quum multae aut metu, ne formam partus devenustaret, aut odio virorum prolem refugerent, foetusque abigerent immaturos: cujus flagitii testes do Ovidium *de Nuce* v. 23., Senecam *Consol. ad Helv.* 16., Juvenalem *Sat. VI. v.* 500., Marcianum in *L. Divus* 4. *de extraord. Crim.*, Tryphoninum in *L. Cicero* 39. *de poen.*, ac Justinianum ipsum in *Nov.* XXII, 16, 1. Abrogatae sunt etiam ea Constitutione Leges nonnullae Tertullianum sequutae, quae, ut loquitur §. 5. Trib., *matrem partim adjuvabant*, data ei licet jus liberorum non habenti parte, quae auferebatur adgnatis: *partim praegavabant*, data adgnatis tertia parte, quae matri adimebatur, etsi jus liberorum haberet: quod latius eae Leges exponunt sub *tit. C. Th. de legit. her.*,

n. 1.

n. 1. 2. ac 3., & praelata est mater omnibus adgnatis, *excepta fratris & sororis persona*, ita tamen, ut si cum matre concurrant sorores solae, sive consanguineae, sive *cognatae*, h. e. uterinae, hae semissem unum, illa alterum ferat: si fratres soli, vel cum sororibus fratres in capita tribuatur hereditas, *d.* §. 5.

§. VI. Fit tamen aliquando, ut repellatur mater tanquam indigna, *L.* 2. §. 1. *D. qui petant. tut.*, puta, *si vel non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis rejectisve, non confestim aliorum nomina dederit*, ut est in Epistola D. Severi, quam describit Modestinus (*c*) in *d. L.* 2. §. 2. Consonat Ulp. in *L.* 2. §. 23. *ad S. C. Tertyl.* Confirmant id Theodosius in *L. sciant* 10. *C. de legit. her.*, ac Tribon. §. 6. *h. t.*, sed repelli tamen ajunt, si tutorem petere neglexerit *intra annum:* quod ut Theodosio ac Triboniano conveniant cum Modestino, atque Ulpiano, ita est accipiendum, debere matrem id curare *confestim*, h. e., *ut primum potest*, & *Praetoris copiam habet huic rei sedentis*, seu, ut Haloander legit, *se dantis*, *d. L.* 2. §. 43. *ad Tertyll.*; intra annum vero excusari, *si infirmitate impedita est*, *vel alia magna caussa*, *quae etiam mandare eam ad petendos tutores impediret*, quod subdit Ulpianus: at post annum nullo modo excusari: quo spectat illud, quod continuo subdit Ulpianus *ita tamen ut nullo modo annale tempus excederet*, De Merillii conjectura super hac re v. *Obs. nostr.* 1, 4. Quod si filius, cui impuberi non est petitus a matre tutor, pubes factus moritur, *certum esse*, Constantinus scribit in *L.* 3. *C. h. t.*, non repelli matrem, quod lex filii jam puberis dissimulatione remissam ei injuriam praesumat. Jus id non ab Imp. Constantino primum, quae Hotomani opinio est, sed jam antea inductum, bene monet hic Bachovius argumento τῷ *certum est*: qua formula utitur Constantinus. Jure novissimo quum mater sit legitima liberorum tutrix, *Auth. matri C. quando mulier*, petere tutorem debet, si tutrix esse nolit. Gothofred. in *d. L.* 2. §. 1.

§. VII. Demum ait Tribonianus §. 6. ex Ulp. in L. 2. §. 4. *h. t.*, nihil interesse num filii sint justi, an vulgo quaesiti; spuriorum enim hereditas non defertur jure adgnationis, quam non habent, quum & patrem non habeant, sed jure proximitatis, seu cognationis, quae a matre est, *L. si spurius* 4. *D. unde cognati*.

TITULUS IV.

De Senatusconsulto Orphitiano (a).

PR. TIT. §. I. III. & IV. *Ad liberos matris intestatae hereditas ex L. XII. Tab. non pertinebat, quia feminae suos heredes non habent*, inquit Ulp.

(c) *Familiare id fuit Modestino post enarratam legis sententiam verba ipsa legis subscribere. V. L.* 1. §. 2. *de excus. tut.*

(a) *An Orphiciano?* Inquirant in id, qui otio abundant. *Orphitorum & Orphiciorum in antiquis monumentis non rara mentio est.*

Ulp. *Fragm. XXVI*, 7.: imo nec bonorum possessio *unde liberi*, namque haec aut suis datur, aut iis qui emancipatione desierunt esse sui, §. 3. *infr. de bon. poss.* Tum S. C. Orphitiano matrum legitimae hereditates delatae sunt liberis, tametsi in aliena potestate essent exclusis consanguineis & reliquis adgnatis. Ulp. *ibid.*, & Cajus in *L. pen.* ⁂. *ad S. C. Tertyl.* Factum hoc S. C., ait Tribonianus, temporibus Divi Marci, h. e., Marci Antonini Philosophi, (addendum ex Ulp. in *Fragm. cit. loc.*, & Commodi (*b*)) Orphito, & Ruso Coss., sive Vettio Rufo, & Cornelio Scipione Orphito, ut Panvinius, sive Juliano Rufo, & Gavio Orphito, uti forsan rectius conjicit Norisius *Epist. Consul. in Thes. Antiquit. Rom. tom. XI. p.* 246. Num vero inciderit is Consulatus in annum V. 930., an in annum 921., Chronologi videant (*c*). Illud constat, Orphitianum Tertylliano posterius fuisse: & mirum quidem videri debet, cur prius consultum sit matri, quam liberis, quorum potior conditio est ob *naturae, & parentum commune votum*, *L. scripto* 7. §. 1. *unde lib.* At poterant matres testamento filios juvare, quod hi saepe non poterant per aetatem. A. Schulting. in *Ulp. Fragm. XXV*, 8. (*d*). Liberis primi tantum gradus hereditatem detulit S. C.: tum ad nepotes quoque, ac neptes tertia parte demta productum est Constitutione Valentiniani, Theodosii, & Arcadii, de qua in §. 15. *sup. de her. quae ab int.*: quodque a Modestino responsum est in L. 8. *D. unde cogn.*, nepotes licet vulgo quaesitos ad aviae maternae successionem admitti, pertinet id ad Edictum Praetoris, quo deficientibus adgnatis cognati proximi vocantur per bonorum possessionem unde cognati: quod vel ex ipso Titulo patet, cui responsum subest Modestini. Jam successiones, quae ex Tertilliano atque Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non perimi, ait Tribonianus §. 2.: quod enucleatius ab Ulpiano traditur in L. 1. §. 8. *ad S. C. Tertyl.*, ubi scriptum est, *novas* successiones puta, quae post XII. Tabulas, vel ex Lege, vel ex Senatusconsultis deferuntur, ea tantum deminutione non perimi, quae *salvo statu* (Civitatis) *contigit*, nempe, minima; nam cui salva civitas non est, frustra is ad successionem contendit. Discriminis inter veteres successiones, & novas ratio est apud Paulum in L. tute-

(b) *Tribonianus solum Marcum expressit fortasse exemplo Gaji, cujus haec sunt verba in d. L. pen.*, Sacratissimi Principis nostri Oratione cavetur, *id est, Marci, qui Commodo prior erat.*

(c) *Meminit Paulus Sent.* IV., 14. 1. S. C. *Orphitiani, ut libertas sub certa demonstratione testamento data perinde competeret, ac si nominatim ex* L. *Fusia data esset. Num idem cum nostro hoc fuerit, ignoramus.*

(d) *Multo ante tempora Orphitiani querelae inofficiosi contra tabulas motae exempla sunt apud Val. Maximum* VII., 7. 4., & VII, 8. 2.; *ac Plinium Ep.* V, 1. *Facile id potuisse fieri, acute deprehendit Schultingius in Ulp. Fragm.* XXVI, 7., *si mater a patre suo emancipata exiret de adgnatione, quo casu dabatur liberis ab intestato bonorum possessio unde cognati, ac porro etiam querela*, L. *postumus* 6. *pr. de inoffic.*; *aut si convenisset mater in viri manum, quo casu matris tanquam consanguineae heredes adita hereditate agere poterat inofficiosi, arg.* L. 7. *cod.*

tutelas 7. *pr. de cap. min.*, quia *ex novis legibus hereditates plerumque sic deferuntur, ut personae naturaliter designentur*, h. e., nominibus naturalibus matris, & filii, non civilibus, ut quae deferebantur ex L. XII. Tab., h. e., suorum, adgnatorum, gentiliumve, quae deminutione vel minima pereunt, §. *ult. supr. de leg. adgn. tut.* Ista eadem naturalis personarum designatio facit, ut, quemadmodum Tertylliano mater vulgo quaesitis, ita Orphitiano vulgo quaesiti succedant matri, §. 3. *h. t.*, & *d.* L. 1. §. 2: *eod.*, sive soli, sive cum justis liberis: nisi mater sit illustris, cui non sucedunt nisi soli, quia *in mulieribus ingenuis, & illustribus, quibus castitatis observatio praecipuum debitum est, nominari spurios satis injuriosum, satisque acerbum* videtur inquit Justinianus in *L.* 5. *C. h. t.* Potius igitur jus est natorum ex concubina, qui ad bona materna veniunt, licet justi liberi supersint, *d. L.* 5. Concubinatum ibi *licitam consuetudinem* dicit Imperator ex sententia juris Romani. Sed merito id Christiano Imperatori a moratioribus Interpretibus vitio datum. V. Merill. *Variant. ex Cujac. l.* 34. & *Wisenbach.* in *d.* L. 5. Quod si quis e legitimis heredibus quavis de caussa non adierit hereditatem, reliquis, qui adierint, portio ejus adcrescit; non enim possumus heredes habere diversi generis, legitimum, & fiscum: quod adeo verum est, ut si, qui adierint, mori eos contigat, antequam deficiat portio, & adcrescat, id jus pertineat ad heredes eorum, §. 4. *h. t.*, *L. si ex pluribus* 9. *de suis, & leg.*, ac *d. L.* 1. §. 9. *h. t.*

TITULUS V.

De successione cognatorum.

PR. TIT. §. I. II. III. & IV. Deficientibus suis, adgnatisque; quique ex novis Legibus suorum, adgnatorumve loco sunt, *proximos cognatos Praetor vocat, pr. h. t.* & L. 1. *unde cogn.*, ubi bonorum possessio unde cognati *nuda* dicitur *indulgentia Praetoris*; ut omnino legendum sit *adgnatos* in iis Pauli *Sent.* IV, 8. 22., *Lex XII. Tab. nulla discretione sexus cognatos admittit*: & miror projectam Vertr. Mauri audaciam *de jur. lib. c.* 27. mendosam lectionem tuentis contra jus. Cognati propric sunt, *qui per feminini sexus personas ex transverso junguntur*, §. 2. *h. t.* Hos vocat Praetor *proximitatis* nomine *d.* §. 2; namque in cognatis sola attenditur proximitas, non aliud jus, ut in suis, & adgnatis, qui aliquando proximiorem excludunt; unde *proximitas* pro ipsa cognatione in L. *capitis* 3., & *L seq. D. unde cognati*. Porro jure cognatorum censentur adgnati minimam passi capitis deminutionem, nam media aut maxima jus omne perimit successionis, *L.* 1. *C. de her. inst.* Tales sunt emancipati, & adrogati, itemque filii a patribus suis dati in adoptionem, §. 1. & 3. *h. t.*, & L. *legitimis* 5. *D. unde cogn.* Emancipatio, adrogatio, & adoptio secundum Justiniani Constitutionem a patre non extraneo facta jus quidem tollunt adgnationis, quae tota juris Civilis est, non cognationis, quae naturae, §. *ult. sup. de leg. adgn. tut.* Cave tamen con-

confundas jus naturale liberorum cum jure cognatorum, seu, quod idem est, bonorum possessionem unde liberi cum bonorum possessione unde cognati. Confer igitur dicta in §§. 9. 10., & 13. *sup. de her. quae ab int.* Quantum ad emancipatos, Anastasiana Constitutio, quae in Codice repetitae praelectionis non extat, memoratur tamen in *L. frater* 4. *C. de legit. tut.*, *L. ult.* §. 1. *C. de legit. her.*, & §. 1. *h. t.*, emancipatos fratres ac sorores cum fratribus ac sororibus integri juris ita ad legitimam fratris sororisve hereditatem vocavit, ut singuli fratres, sororesque integri juris duplo plus acciperent, quam emancipati; hi vero omnibus inferioris gradus adgnatis praeferrentur. Sed tandem eos sine ulla partis deminutione Justinianus admisit in *d. L. ult.* §. 1. Demum vulgo quaesiti nullum adgnationis jus habent, quia nullum intelliguntur habere patrem, *L. vulgo concepti* 23. *de stat. hom.*, unde jura prodeunt adgnationis *L. si spurius* 4. *D. unde cogn.*; quo etiam fit, ut ne inter se quidem possint videri consanguinei esse, quod consanguinitatis jus species sit adgnationis, §. 3. *h. t.* Restat igitur, ut cognati sint *sibi*, *sicut ex matre cognati*. Sic lege in *d.* §. 3. ex fide veterum MSS., & ex auctoritate Theophili; non, ut vulgo, *sicut & matri cognati*. Sensus est inquit Cujacius, eos inter se cognatos esse, sicut & illis, qui conjuguntur per matrem. Eadem certe est ratio natorum ex concubina. Hi licet certum habeant patrem, quia tamen non habent legitimum, omnino matrem sequuntur, a qua cognatio est, *L. quum legitimae* 19, *& d.* L. 23. *de stat. hom.*

§. V. Omnibus illis dat Praetor bonorum possessionem unde cognati. Sed adgnatorum caussa melior quam cognatorum. His Praetor bonorum possessionem promittit *usque ad sextum gradum, & ex septimo a sobrino, sobrinaque nato nataeve*, §. 5. *h. t.*: quo sensu Paulus successionis cognatorum septem (a) gradus constitutos ait *Sent. IV*, 11.: ii vero, *sive de L. XII. Tab. quaeramus, sive de Edicto, quo Praetor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur*, ad successionem vocantur, *etsi decimo gradu sint*: quae verba vide ne ita accipias cum nonnullis, ut adgnatos ultra decimum excludas, quasi Tribonianus decimum gradum definiat in adgnatis, uti sextum in cognatis definit; nam magis est, ut is *decimum* expresserit exempli caussa, satisque habuerit sexto cognatorum gradui gradum opponere remotiorem. Ut ita sentias, facit, quod idem Tribonianus habet in §. 3. *sup. de leg. adgn. success.*, & in §. *ult. infr. de grad. cogn.*, vocari adgnatos, *etiamsi longissimo gradu sint*: facit & Ulpiani locus in *L.* 2. *pr. &* §. 1. *de suis, & legit.*, ubi post suos admitti adgnatos, scribit: tum adgnatos definit cognatos virilis sexus ab eodem ortos, ut patruum, *deincepsque ceteros, si qui sunt, hinc ortos in infinitum*. Verum quid aliunde petimus argumenta? Latet in hoc ipso §. 7. argumentum, ut mihi videtur, maximum. Hic vocantur adgnati, etsi decimo gradu sint, *sive Leg. XII. Tab., sive Edicto Praetoris*: constat autem, nullos fuisse in Legibus XII. Tab. definitos gradus adgnatorum, & vocari gentilem, ubi nullus adgnatus familiam habebit. De illius discrimi-

(a) *V. Contium subsec. Lect. I*, 10.

criminis ratione non est diu laborandum. Ea in proclivi est. Studium conservandae gentis adgnatos fecit cognatis potiores. *V. Obs. nostr. III, c. ult.* Nulla hic gentilium mentio, nam legitima eorum successio desuevit, forte qui veteres gentes maximam partem aut defecerant, aut erant cum plebeis confusae, uti Contius in *h. t.*

TITULUS VI.

De gradibus cognatorum.

PR. TIT. *usq. ad* §. IX. Quoniam in capiendis hereditatibus ab intestato linea potior est linea, & gradus gradu, linearum, graduumque discrimina nosse studiosos juris, necesse est, *pr. h. t.*, & *L. Jurisconsultus* 10. *pr. de grad.* Linea est graduum series, constatque ex eis, tanquam punctis. Cognatio hic latissime accepta nexus est linearum. Jam linea aut recta est, aut transversa, recta vel adscendens, vel descendens: haec inferior dicitur, & liberos, illa dicitur superior, & parentes exhibet. Transversa conjunctos ex latere comprehendit, sive eos, qui aeque distant a communi parente, puta fratres sororesve, & vocatur aequalis, sive eos, quorum unus altero remotior est, puta filium fratris, ac patruum, & inaequalis appellatur. Gradus autem cujusvis lineae hac una, & perpetua regula internosces, *Generata persona gradum adjicit*, §. 7. *h. t.*, seu, quod redit eodem, *Tot sunt gradus, quot generationes*. Ita uno gradu distat filius a patre, quia una generatio est: duobus frater a fratre, quia generationes duae sunt, una, qua fratrem unum, altera, qua fratrem alterum genuit pater: Hinc intelligis, in transversa cognationis linea primum gradum nullum esse, *d. pr. h. t.* Canonibus non omnino convenit cum jure Civili: & Canones sequimur in matrimoniis contrahendis. V. *nostr. Inst. Canon.* II, 8. Secundum propositam juris Romani regulam primo gradu est supra pater, mater; infra filius, filia, §. 1. *h. t.*: secundo gradu est supra avus, avia; infra nepos, neptis; ex transverso frater, soror, §. 2. *h. t.*: tertio gradu supra proavus, proavia, infra pronepos, proneptis; ex transverso fratris, sororisve filius, & conveniente patruus, h. e., frater patris, amita, h. e., patris soror, avunculus, h. e. frater matris, matertera, h. e., matris soror. Avunculus aeque ac patruus θεῖος, matertera pariter atque amita dicitur θεία: §. 3. *h. t.* de quarum vocum originatione consulendus Gul. Fornerius *Select.* I, 14. Quarto gradu supra est abavus, abavia; infra abnepos, abneptis; ex transverso fratris, sororisve nepos, neptis, & convenienter patruus magnus, i. e., avi frater, amita magna, i. e., avi soror: item avunculus magnus, i. e., frater aviae, matertera magna, i. e., aviae soror: consobrinus, consobrina, i. e., qui, quaeve ex sororibus, aut fratribus progeneratur, licet *consobrini* proprie sint ex duabus sororibus nati, quasi *consororini*: qui vero sunt ex duobus fratribus nati, proprie *patrueles*, & nati ex fratre, ac sorore proprie *amitini*, §. 4. *h. t.* Ita etiam Nonius Marcellus *cap. ult.*, Cajus in *L.* 1. §. 6., & Paulus in *d. L.* 10. §. 15.

§. 15. (a) Quinto gradu est atavus, atavia, infra adnepos, adneptis; ex transverso fratris, sororisve pronepos, proneptis, & convenienter propatruus i. e. proavi frater, proamita, h. e., proaviae soror, proavunculus, h. e., proaviae frater, promatertera, h. e. soror proaviae. Item fratris patruelis, sororis patruelis, consobrini, consobrinae, amitini, amitinae filius, filia: propius sobrino, propius sobrinae. Hi sunt patrui magni, amitae magnae, avunculi magni, materterae magnae filius, filia, §. 5. *h. t.* Paulus in *d. L.* 10. §. 15. proviſ fratrem dicit *patruum majorem*, fratrem proaviae *avunculum majorem*, sororemque proavi, proaviae *majorem amitam*, ac *materteram*. Pro iis, *propius sobrino*, reponit Charondas ex veteribus libris, *propior sobrino*, ut etiam est in *d. L.* 1. §. 7. *h. t.* Pertinet huc Taciti locus *Annal. XII*, 64., *Lepida minore Antonia genita, avunculo Augusto, Agrippinae sobrina prior ac Cnei mariti ejus soror &c.*, ubi sobrina est, quae *proprior sobrina* dicitur Jurisconsultis, puta, quae gradu uno sobrinam praeit; nec quidquam caussae est, cur aut cum Vertranio Mauro legas, *Agrippinae sobrina proprior*, aut Freinshemio, *Agrippinae sobrina, priorisque mariti ejus soror*; nam & omnes Codices obloquuntur, & illud praeterea contra Freinshemium facit, quod Lepida non fuit Agrippinae sobrina, sed liberi ejus, si quos habuisset, Agrippinae sobrini fuissent. V. Ryckium in *Tacit.* Non reprobaverim tamen τό *propius sobrino*; occurrit enim ea formula apud Festum v. *propius*, & in *L.* 2. *C. comm. de success.* & Latinis aeque recte dicitur *sum propior sobrino*, ac *sum sobrino propius*. Sexto gradu supra est tritavus, tritavia; infra trinepos, trineptis, ex transverso fratris sororisve abnepos abneptis; & convenienter abpatruus, i. e., abavi frater, Paulo dictus §. 17. *patruus maximus*, abamita, i. e., abavi soror, apud Paulum *amita maxima*, abavunculus, i. e., abaviae frater, dictus Paulo *avunculus maximus*, abmatertera, i. e. abaviae soror, apud Paulum *matertera maxima*: item sobrini sobrinaeque, i. e., qui, quaeque ex fratribus, ve, sororibus patruelibus, vel consobrinis, vel amitinis progenerantur, §. 6. *h. t.*, ubi vulgo sunt alia quaedam, sed tanquam superflua prorsus inducenda, V. Otton. hic. Post sextum gradum propria cognato-

(a) *Interdum Consobrini pro sobrinis positi. Ita* Paulus *sent. IV*, 11. 5. propioris sobrinis filius filia, qui consobrini appellantur. *Contius quidem subsc. Lect.* I. 10., *Hotomanus Obs.* I, 12., *& novissime Scultingius in Paulum ibid. librarii vitio scriptum ajunt*, consobrini, *omnino autem* sobrini *legendum apud Paulum loc. cit.* *& in d. L.* 10. §. 15. *At frustra meo judicio sunt; non enim est novum, ut sobrini dicantur* consobrini, *adeo lata est consobrinorum significatio. Sane Lipsius in Paterc.II*, 3. *notat, Scipionem Nasicam Gracchi consobrinum dici, quum tamen esset sobrinus. Praeterea Trajanus, & Adrianus* consobrini *dicuntur Spartiano: & tamen, observante Casaubono, Ælius Ælii Adriani Imperatoris avus uxorem habuit Ulpiam Trajani amitam. Contra* sobrini *quandoque positi pro consobrinis: quo sensu accipiendum illud Taciti Annal.XII*, 6. *matrimonia* sobrinarum diu ignota, tempore percrebuisse: *certe vero de consobrinorum illic est sermo: ac temere faciunt, qui invitis omnibus Codicibus legunt*, consobrinorum. *V. Theod. Ryckium. in eum loc.*

gnatorum nomina deficiunt, *d.* §. 7. Adgnationis quoque gradus eodem modo numerari, ait Tribonianus §. 8. Quorsum? inquis; quum & de cognatis, & de adgnatis habuerit hactenus mentionem. Quicquid alii dicant, mihi Oedipo conjectore videtur opus. Quod vero *Segnius irritant animos demissa per aurem, Quam quae sunt oculis subjecta fidelibus*, ut ille ajebat; Tribonianus veteres Jurisconsultos imitatus typum graduum adpinxisse se, inquit §. 9. Romae olim omnes fere nobiles viri longo ordine expositas in atrio habebant imagines majorum cera effictas, *ad quas stemmata*, h. e., minores imagines, *lineis discurrebant*. Plin. *Hist.* XXXV, 2., Senec. *de Benef. III.* 28. Eo exemplo graduum schemata a Jurisconsultis efficta. Triboniani typus incuria librariorum intercidit. At non periere tamen omnes antiquorum typi. Isidorus *Orig. IX*, 7. tres dedit: quartum Cujacius *Obs. VI*, 40.: Contius quintum ex *lib.* 4. *Sent.* Pauli: sextum Gharondas. Ecce tibi graduum cognationis Diagramma e vetustissimis. ✠

§. X. XI. XII. In Codicibus nonnullis Paragraphus decimus principium est Tituli *De servili cognatione*, quem hic vulgo adscribunt. Sed obstant optimi quique harum Institutionum, ac Teophili Codices MSS.: obstant Interpretes Basilicorum: ipse obstat Tribonianus in §. 11. *h. t.*; priora enim ejus §. verba, *Repetitis itaque omnibus, quae jam tradidimus, apparet, non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari &c.*, ad Titulum pertinent *De gradibus cognationum*, nullo modo ad cognationem servilem. Spatium inter §. 9., & §. 10. a quibusdam antiquis librariis interjectum ad adpingendum schema graduum cognationis, quaeque de servili cognatione mentio fit in §. 10., vulgari errori caussam dedere. V. Ottonem in hunc locum. Jam de servili cognatione Tribonianus haec habet. Ante Justinianum quamvis Jurisconsulti nominibus parentum, filiorum, fratrum, ceterorumque cognatorum non parcerent etiam in servis, *ad Leges* tamen servilis cognatio, puta in servitute contracta, *non pertinebat*, subaudi, post manumissionem, *d. L.* 10. §. 5. *h. t.* (b): ne ad Edictum quidem Praetoris, quo proximitatis nomine bonorum possessio promittebatur, §. 10. *h. t.*, & *L.* 1. §. 2. *D. unde cognati*. Igitur si quis libertinus intestato moreretur, non extantibus suis, proximus ei adgnatus erat patronus Lege XII. Tab., natorumque tempore servitutis, ut ut natura cognatorum, ac deinde manumissorum, nemo jure Civili adgnatus, aut Praetorio cognatus erat: cessabantque adeo inter eos Tertyllianum, atque Orphitianum. At vero Valentinianus tantam non potuit injuriam pati: natisque in servitute aliquo consulit modo in *Nov. de libert.*, & *success. eor.*, sed plane tandem consuluit pro humanitate sua Justinianus Constitutione de jure patronatus, cui Novellam Valentiniani dedisse occasionem, recte suspicatur J. a Costa. Et jussit quidem Justinianus *liberum* (c), *vel liberos* cujusquumque sexus *ex servili con-*

(b) *Paulus in d.* §. 5. Legum *nomine comprehendit etiam Edictum, cujus quoque meminit pr. d. L.* 10. *Ita Edictum* Lex *dicitur Ulpiano in L.* 1. §. 2. *D. unde cognati, ac Tullio lib.* 1. *in Ver.* 44. *V. Obs. nostr. I,* 1. *Verum quis hic abusionem non deprehendit?*

(c) Liberum *numero singulari pro filio dici parum Latine, putat Ho-*

sortio natos, (est hoc loco *Consortium* idem, quod *Contubernium*) una manumissos patribus, matribusque libertinis succedere: ac porro alterum alteri; licet cum liberis concurrant post libertatem parentum conceptis, sive hi sint *ex eodem patre sive ex eadem matre*, inquit Tribonianus, *sive ex aliis nuptiis*. Sic vulgo. Eradunt quidam τὸ *nuptiis*, exponuntque τὸ *ex aliis* cum Theophilo in hunc modum, *ex diversis parentibus*. Alterutrius lectionis idem sensus; sed τὸ *nuptiis* expungere nihil est necesse. Rem totam verbo transigam. Natos ante libertatem pari cum natis ex justis nuptiis jure habet Justinianus *d.* §. 10. In §§. 11., ac 12. alias dicta Tribonianus inculcat. Ecquis non fastidiat recoctam crambem?

TITULUS VII.

De successione libertorum.

PR. TIT. §. I. & II. Lege XII. Tab. licebat liberto patronum testamento praeterire; namque ita demum ea Lex ad hereditatem liberti vocabat patronum, si ille intestatus moreretur, nullo superstite suo herede sive naturali, sive adoptivo, *pr. h. tit.*, & *L. intestato 3. de suis & legit.*: quo casu patronus veluti adgnatus proximus liberto erat. Et moris quidem fuit, libertos nomen adsumere patronorum, unde legata libertis ea lege relicta, ne de nomine testatoris exirent, *L. quum pater* 77. §. 15. *de leg. 2.*, & *L. is, qui 94. de leg. 3:* eos etiam, qui fuerant a Civitatibus, & municipiis manumissi, teste Varrone *lib. 7. de L. L.*; & forte *Valentinus*, liberti in memoria antiquitatis non infrequens nomen, a *Valentia* est. Hinc Justinianus in Constitutione de jure patronatus, quae est in *Basilic. XLIX*, 1., quamque in membranis quibusdam Latine redditam invenit, ediditque Cujacius *Obs.* XX, 34., patronos esse ait εγγυτας libertorum. Sed duo in XII. Tab. iniqua visa sunt: potuisse libertum extraneo quoque herede scripto patronum praeterire: & porro adoptivum filium patrono obstare. Et iniquum tamen visum non fuit, parentes ac laterales ab adoptivo filio excludi, quum legitima ingenui hominis hereditas agebatur; tanti libertas erat apud Romanos: neque enim aliunde discriminis ratio arcessenda est. Patronis contra antiqui juris adsperitatem primus ex parte consulit Rutilius Praetor, tum plenissime alii, L.1. *pr.* & §. 1. *de bon. libert.* Igitur si faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari, ut patrono relinqueret dimidiam bonorum: §. 1. *h. t.*; nisi heredes scriberet liberos, sive suos, sive emancipatos, qui non facto etiam testamento patronum omnino repellebant, *d.* §. 1. Exhere-

romanus. Itaque vir Latine scientissimus? At exempla obstant Ovidii, Auctoris Declamationum, & Aurelii Victoris apud Scipionem Gentilem Orig. ad Pand. v. Liber, *Vossium de Analog* I, 42., *& DuKerum de Latinit. Jurisc. vet. p.* 385. *Receptius tamen erat* liberos *dici; unde quod Cajus habet in* L. *non est* 148. *de V.* S., Enunciatio, habet liberos, semper plurativo numero profertur, *ego accipio quasi scriptum*, fere semper.

heredati nullo modo obstabant patrono: dati autem in adoptionem, dum in familia erant patris adoptivi, & emancipari praeteriti tum demum ob stabant, quum aut hi contra tabulas bonorum possessionem petierant, aut illi ex aliqua parte scripti heredes fuerant: quae perturbate tradit *h.* §. Tribonianus. Quod si extraneo herede scripto aut nihil, aut minus dimidia reliquerat, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiae bonorum possessio, de qua singularia quaedam sunt apud Paulum in *L. sed quum 6. pr. de bon. possession.*, *L. illud 4. pr. contr. tab.*, & Ulpianum in *L. etiamsi 3. §. 5. de bon. libert.* V. A. Fabr. *de Error. Pragm. L.* 7. Si vero intestatus obibat, suo herede relicto filio adoptivo, contra hunc ejusdem partis bonorum possessio dabatur patrono. Sed hunc tamen men excludebant naturales liberi sive sui, sive emancipati, *cit.* §. 1. De liberto edixit Praetor, neque erat, cur ediceret de liberta, cui nulli erant sui heredes, quaeque testari non poterat sine auctoritate patroni tanquam legitimi tutoris, uti intelligere est ex Ulp. *Fragm. XVIX*, 3.: proinde intestatae libertae hereditas semper ad patronum pertinebat. Ulp. §. 2. *eod. tit.* At de liberta cautum Lege Papia Poppaea (a) in hunc modum, ut si ea vel natura, vel beneficio Caesaris jus haberet quatuor liberorum, tutela patroni liberaretur; quumque ita sine ejus auctoritate testari posset, patrono virilem daret pro numero liberorum Ulp. *d.* §. 3. Quantum vero ad libertum, eadem L. Papia constitutum, inquit §. 2. Tribonianus, *ut ex bonis ejus, qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores quam tres liberos habebat, sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat, virilis pars patrono deberetur.* Ergo tribus liberis heredibus, nihil delibabat patronus: duobus heredibus, tertiam ferebat, uno tantum herede, dimidiam, *perinde ac si is* (verba Triboniani sunt) *sine ullo filio filiave intestatus decessisset.* In omnibus codicibus est *intestatus*: a Theophilo prorsus abest. Primus Cujacius *Obs. III*, 13., & *XVII*, 13. reposuit *testatus* eo argumento, certe quidem peremptorio, quod liberto sine liberis intestato mortuo non semis, sed omnino as patrono debeatur, *L. intestato 3. de suis & leg.*, & *L. liberto 17. de bon. libert.* Vulgatae lectionis vindices Robertus *rec. Lect. II*, 24., & J. a Costa in *h.* §. nugas agunt. V. Bachov. hic, & Schulting. in *Ulp. d. tit* §. 1. De centenario liberto L. Papia loquuta est. Cum eo igitur qui centenario minor erat, jure antiquo actum. *Centenaria* veteribus dicta, quae vel centussibus vel centenis sestertiis erant. Festus v. *centenaria*; & Salmasius in *Julii Capitolini pertinac. cap.* 2. Sed & *centenarios* L. Papiam dixisse, qui centum millium sestertium patrimonium haberent, colligi ex Africano potest, qui ejus patrimonii homines *rem centum habentes* appellat in *L. liberto 26. de bon. libert.*

§. III. & IV. Successit Justinianea Constitutio Graece scripta *pro omnium notione* (ita castigatiores libri, ac Theophilus, non, ut quidam, na-

(a) De jure patronatus, quod ex Lege Julia Papia venit, *Paulus Libro singulari egit eo titulo, qui nunc unus superest in Indice Pandectarum Florentinorum.*

natione) in hanc sententiam. Libertis intestato decedentibus naturales tantum liberi obstant patrono, adoptivi non item arg. *pr. h. t.*, & ipsius Graecae Constitutionis apud Cujac. *Obs. XX*, 34., quidquid obloquatur Hotomanus: testato autem decedentes, si minores centenarii sint, h. e., minus habeant aureis centum, extraneo etiam herede scripto, impune praetereunt patronum: si centenarii sint, vel centenariis majores, extraneo herede, tertiam partem relinquere patrono debent, qui, si secus factum, tertiae partis bonorum possessionem habebit, aut in id aget, quod deerit, ex Constitutione Justiniani in L. *omnimodo* 30. *C. de inoff.* feretque trientem illum nullis legatis, vel fideicommissis deminutum exemplo legitimae, quae onus non patitur, L. 32. *C. de eod.*: quum olim detrahenda prius essent legata vel fideicommissa liberis nominatim exheredatis relicta, L. *si hii* 4. *de cond. & dem.*, & *L.* 1. *de leg. praest.* Generaliter autem si liberti liberos habeant, sive unum, sive plures, cujuscumque sexus, aut gradus, heredes, bonorumve possessores, nihil est juris patrono, nisi illi testamento patris nominatim exheredentur; vel sive a matre sive ab avo materno praetereantur, namque ita praeteriti exheredatorum vice sunt, §. *ult. sup. de exh. lib.* Libertum a liberta non distinguit Justinianus contra quod fuerat jure veteri sancitum: neque a patrona patronum: quodque jus patrono, idem eo mortuo dat liberis, & patrono ex latere cognatis *usque ad quintum gradum*: quae verba non eos solum, qui veniunt ex transverso, sed liberos etiam spectant. Qui contra sentiunt de liberis, nae illi ad Graecam Constitutionem non attenderunt. Denique sive laterales, sive liberi succedant, proximior remotiorem excludit, hereditate in capita, non in stirpes secanda utpote quae liberis patroni defertur tanquam adgnatis, non tanquam suis, L. 2. §. 1. *unde legit.*: quod & antiquum jus erat, *L. si libertus* 23. §. 1. & *seq. de bon. libert.* Illud restat in *d.* §. 3. explicandum, quod Tribonianus ait, Justinianum sic Legis Papiae summam fuisse *interpretatum*, ut pro *mille sestertiis unus aureus computaretur*: quique Lege Papia sestertium centum millium patrimonium habet, sestertiaria ratione ad rationem aureorum redacta, aureos centum haberet. Id vero vix est, ut consistat; erat enim sestertius pars quarta denarii, & centesima aurei, ut proinde sestertium centum millia aurei mille essent, non centum. Hotomanus emendatricem manum ad *h.* §: admovit, ac pro *minus centum aureis* substituit *minus mille*, & mox pro *mille sestertiis* substituit *centum*. Hotomanum eo nomine *stultum* dixit Cujacius *Obs. XIX*, 31., aureum mille sestertiis aestimatum ratus. Hinc inter eos maximae turbae. Hotomano plerique, & nominatim Gronovius, Cujacio quidam pauci subscripsere. Et mihi quidem videtur Hotomano res felicius cessisse. V. Hotomanum *lib. 4. Antiqu.*, & *Disp. de Aureo Justinianico*, Gronovium *de pec. vet. II*, 5., & Hieronymum Elenum *Diatrib. II*, 3. Textum tamen non ausim emendare: & praestat dicere, Justinianum pro ratione temporis sui, quo facultates hominum decreverant, L. Papiae quantitatem mutasse: Tribonianum autem *h.* §. vocabulo *interpretandi* per summam licentiam abusum: quod de Triboniano quis non facile credat? Hactenus di-

cta de successione libertorum aliquando de iis tantum libertinis intelligebantur, qui cives Romani erant: dedititii enim, ac Latini factionem testamenti non habuere, ut Cajus tradit *Inst. I*, 1. 4.: neque ullae fuerunt legitimae Latinorum successiones; quod, licet ut liberi viverent, tamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, & quasi servorum, ita eorum bona jure quodammodo peculii ex L. Junia Norbana manumissores detinebant, inter patroni heredes sive liberos, sive extraneos simul ex aequo dividenda; donec S. C. Largianum liberos manumissoris non nominatim exheredes factos extraneis fecit potiores, §. 4. *h. t.*: quod idem Edicto Trajani cautum de Latinis, qui invito, aut ignorante patrono ad Civitatem Romanam venire beneficio Principis festinaverant; namque eo Edicto quamvis jure Civium viverent, moriebantur tamen Latini, *d.* §. 4. Nunc quum post Justiniani Constitutiones in *d. L. un. de Lat. lib. toll.*, & *L. un. C. de dedit. lib. toll.* omnes libertini facti sint cives Romani, ad omes aeque pertinet hic Titulus. Largiano S. C. nomen inditum ab A. Caecina Largo Consule, quem Ti. Claudius Drusi F. Caes. Aug. habuit collegam an. V. 794.: inditumque ab eo potius, quam a Claudio nomen, fortasse quia Claudius non ultra duos menses Consul fuit: Largo autem Consulatum protulit in totum annum, auctore Dione LX. *p.* 771.

TITULUS VIII.

De adsignatione libertorum.

PR. TIT. §. I, II, & III. Quod dixi patrono mortuo liberos aequis portionibus liberto succedere, id perpetuum non est; si enim patronus uni ex liberis suis libertum adsignet, h. e. testificetur, velle se, ut ejus filii libertus sit, *L. adsignare* 107. *de V. S.*, ceteri liberi in bonis liberti nihil juris habent, sed mortuo tamen sine liberis eo, cui libertus est adsignatus, jus illi pristinum repetunt, *h. pr.*, & L. 1. *de adsign. libert.* Adsignat tantum patronus, non item liberi, etiamsi eis fuerit libertus a parente adsignatus, *L. liberi* 8. *eod.* Adsignat libertum aeque, ac libertam, & sive uni, sive pluribus liberis cujuscumque sexus aut gradus: ac si velit nepotem filio praeferre, id facere non prohibetur, §. 1. *h. t.*, & *d. L.* 1., ac *L.* 3. §. 1. *eod.* Sed, & eum, qui adsignat, duos pluresve liberos in potestate habere necesse est; nam si unum habeat, adsignando nihil agit: & porto eum, cui adsignat, in potestate esse, ut ita jus patronatus in familia retineatur secundum Legem XII. Tab.: quod adeo verum est; ut eo, cui adsignatus libertus est, emancipato, continuo evanescat adsignatio, §. 2. *h. t.* & *L.* 1. *in fin. eod.* Recte tamen adsignatur emancipato, si simul alii adsignetur in potestate retento, modo non pauciores, quam duo in familia sint, *L. utrum* 9. *eit. tit.*; nam si sit praeter emancipatum unus, & adsignetur ambobus, quae adsignatio inutilis est in eo, qui unus in familia est, fieri propter emancipatum utilis nequit, uti praeclare Cujacius *uot. pr.* In priore specie quod

quod per se non habet emancipatus, per conjunctam personam habet: quod novum non est, *L. mulieri* 74. *de cond. & dem.*, & *L. ult. de lib. & post*. Demum testamento, seu *testatione* codicillisve, aut *vivus*, sive verbis, quaecumque sint, sive nutu; ac sive pure, sive sub conditione adsignat patronus, *L.* 1. §. 4., & *L.* 7. *h. t.*, uti quavis nuda voluntate adimit adsignationem, *d. L.* 1. §. 4. Quae omnia sunt aut ex verbis, aut ex sententia S. C. Claudiani, quod *Claudianis temporibus* factum, ait Trib. §. 3. *Sabellio Ruso*, & *Asterio Scapula Coss.* Apud Ulpianum in *d.* L. 1. est *Velleo* seu *Vellejo Rufo & Osterio*, apud Theophilum autem *Suillo*, & *Hostorio*, seu *Ostorio*: quae sanctior lectio; namque & *Suillium Rufum* Plinius *Hist. VII*, 4., & *Osterium* memorat Tacitus *Annal. XVI*, 14., & 15. Suffecti Consules fuere. Varie in illorum Consulum nominibus peccatum, ut saepe in aliis. V. A. Augustin. *Emend. III*, 7., & Binkersh. *Obs. III*, 7.

TITULUS IX.

De bonorum possessionibus.

PR. TIT. §. I, & II. Alter adquirendi per universitatem modus est Praetoria successio, quae *bonorum possessio* appellatur. Haec autem est jus persequendi, retinendique patrimonii, sive rei, quae cujusque, quum moritur, fuit, *L.* 3. §. 2. *h. t.* Id jus emendandi, adjuvandive veteris juris gratia Praetor induxit, *pr.* & §. 1. *h. t.* Et emendavit quidem jus vetus promissa bonorum possessione emancipatis, & cognatis, quos ignorat Lex XII. Tab.: adjuvit, ea iis etiam data, quibus, utpote heredibus jure Civili, nihil erat bonorum possessione opus, ut mox. Quos vero solus vocat Praetor, ii non proprie heredes sunt, sed *loco heredum*; quum enim heres sit idem, quod dominus, eum facere Praetor non potest, sed aut Lex, aut Principis Constitutio, aut Senatusconsultum, §. 2. *h. t.* Igitur Praetoria successio modus est quasi dominii adquirendi. *Tò loco heredum* fictionis nota est: hinc Praetoriae actiones dictae Ulpiano *fictitiae* in *Fragm. XXVIII*, 12. Effectu tamen possessio bonorum a dominio nihil distat. Eo sensu interdum nomine hereditatis venit, *L. in traditionibus* 19. §. 2. *de cond. & dem.*, eoque eodem sensu ab Ulpiano scriptum in *L.* 1. *de bon. possessionib.*, *Bonorum possessio admissa commoda & incommoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit*: ut proinde disputatio, quam instituunt quidam, num beneficium illud Praetoris in nuda possessione positum sit, vix quidquam habeat utilitatis. V. Cujac. *Obs. XXI*, 36., Galvan. *de Usufr. XXV*, 11., & Vin. hic.

§. III. *usque ad* VI. Possessionum duae ex testamento sunt, puta, vel *secundum*, vel *contra tabulas*, de quibus abunde *lib.* 2. *Inst.*; ab intestato autem octo: Prima est bonorum possessio *unde liberi*, quae, licet emancipatorum gratia primum instituta, §. 9. *sup. de her. quae ab int.*, datur etiam suis. Secunda est bonorum possessio *unde legitimi*, *L.* 2. §. *ult.*

ult. ac *L.* 3. *unde leg.*, & iis omnibus datur, qui aut Lege, aut S. C. ad legitimam hereditatem vocantur. quales sunt mater ex Tertylliano, atque ex Orphitiano liberi. Tertia est bonorum possessio *unde decem personae*, quae non interposita a patre naturali fiducia contra extraneum filii manumissorem dabatur decem personis, h. e., patri, matri, avo, aviae, sive paternis, sive maternis, filio, filiae, nepoti, nepti ex filio, filiave, fratri, sorori, sive consanguineis sive uterinis. Istius cur non meminit Ulpianus in *Fragm. XXVIII*, 14., quo loco debebat meminisse? Id eo factum Heinnecius putat, quo dejus Jurisconsulti aevo solenne esset emancipationem contracta fiducia expediri. Fabulae. Possessionem illam multis exponit is idem Ulpianus in *Collat. L.L. Mosaic. XV*, 9. Bene Cujacius *not. pr. in tit de leg adgn. succ.* suspicatur, eum, qui sub Gothis Ulpiani corpus dilaceravit, possessionem *unde decem personae* jam abolitam omisisse. Quod addit Heinnecius, de ea possessione altum in Pandectis silentium esse, nequeo ferre dissimulanter. Ecquo alio spectat Modestinus in *L. 6. de suis & leg.*, *Si ad patrem manumissorem filii intestati legitima hereditas perveniat, vel non manumissori bonorum possessio competat, mater defuncti submovetur?* Quarta est bonorum possessio *unde cognati*, de qua *sup. in tit. de success. cognat.* Quinta est bonorum possessio *tanquam ex familia*: quae vulgata & proba lectio est. Alias vide apud Alciatum *Parerg. I*, 12., Contium, Cujacium, & Hotomanum hic, Fabrotum in *Theoph.* hic, Maranum *Parat. de bon. poss.*, Marcilium ad *LL. XII. c.* 37., aliosque. Qualis ea possessio fuerit, non exponit Tribonianus; at, quantum intelligere est ex Thophilo, ea adgnatis patroni data, tanquam ex familia patroni. Sexta dicitur vulgo *pro patronis*, dabaturque patrono, patronaeque, liberisque, & parentibus eorum. Septima est bonorum possessio *unde vir, & uxor*, qua conjux Fiscum excludit. Octava cognatis manumissoris data, &, uti §. 6. Tribonianus inquit, *unde cognati manumissoris* dicta, §. 3. *h. t.* Sed Justinianus tamen duas illas ex testamento retinuit, ab intestato quatuor, nempe *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, & *unde vir & uxor*. Bonorum possessionem *unde decem personae*, postquam extranei manumissores esse desierunt ex sua Constitutione in *L. ult. C. de emancip. lib.*, itemque tres illas, quae patronis, eorumque liberis & parentibus, vel adgnatis, cognatisve dabantur, post novam de jure patronatus Constitutionem, tanquam omnino inutiles removit, §. 4. 5. & 6.

§. VII. Hactenus de bonorum possessionibus ordinariis, quae *stabili jure*, uti Tribonianus loquitur, accommodat Praetor. Est & extraordinaria bonorum possessio, quam Praetor extra ordinem dat non ex jurisdictione sua, ex qua ordinariae accommodantur, sed jussu legis, quae quum possit hereditatem, mavult tamen deferre possessionem ministerio Praetoris: eaque Theophilo in §. 3. *h. t.* bonorum possessio *tum quibus ex legibus*, Graecis in *L.* 3. *unde lib.* possessio *tum cujus ex legibus*, Cujacio *Obs.* XI, 15. dicitur, *cui ex Legibus Senatusve Consultis possessio detur*: sub quo tit. ita Ulpianus *L. un.*, *Praetor ait, Uti me quaque Lege, Senatus Consulto bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo.* Legibus, Senatusve

tusve Consultis adde Constitutiones Principum ex Trib. hic. Extraordinariae istius possessionis proprium est, ut nova Lege specialiter deferatur, *h. §.*, & *d. L. un. §. 2.* Hac regula facile esset exempla invenire: & multa quidem congerunt Scipio Gentilis *de jurisd. I, 26.*, & Wissenbachius in *tit. D. ut ex leg.* Verum ea res multo plus habet, quam videtur, difficultatis. V. *Obs. nostr. II, 4.* Minus est a re, quam agimus, alienum, quod Hotomanus repetit ex Ulpiano in *L. postumus 12. de injust. rupt.*, *Postumus praeteritus, vivo testatore natus decessit: licet juris scrupulositate, nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit, ut & D. Adrianus, & Imperator noster rescripserunt.* Possessionum nomina ab initialibus Capitum verbis facta, ut & interdictorum, atque actionum quarundam. In eum modum Leges laudari, mos est.

§. VIII, IX, & X. Jam Praetor, ne bona hereditaria vacua fine domino diutius jacerent, & creditoribus longior mora fieret, & ne facile creditores in possessionem bonorum defuncti mitterentur, Edictum successorium proposuit, quo petendae bonorum possessioni certum diem dixit; ita tamen, ut gradus gradui, & ordo ordini succederet intra eum diem, *§. 8. h. t.*, & *L. 1. de success. edict.* Gradus gradum succedaneum voluit Praetor in solo ordine cognatorum; namque in liberis nulla est gradus praerogativa, adgnatos autem remotiores Praetor ex ordine cognatorum vocavit. V. cicta in *§. 7. sup. de leg. adgn. success.* Et quoniam liberi ac parentes quum naturales tum adoptivi *pene ad propria bona veniunt*, *d. L. 1. §. 12.*, dedit eis Praetor anni spatium: ceteris centum dierum; ita tamen ut & ipso die centesimo bonorum possessio peti possit, *d. L. 1. §. 9.* Parentum in Edicto nullus proprius ordo; sed aut ex capite *unde legitimi* ad possessionem admissi, ut parens manumissor, & mater; aut ex capite *unde cognati*. Et quemadmodum in Civili, sic in Praetoria successione locus est juri adcrescendi, si unus ex eodem gradu bonorum possessionem non petierit, *§. 9. h. t.*, & *L. 3. §. ult. de bon. possessionib.*: quo casu, non expectato die petitioni prestituto, statim caeteri admittuntur, *d. §. 9*, & *d. L. 1. §. 10.* Id tempus utile est, nempe, quo quis non ignorat jus suum, & quo petere non impeditur; neque enim semper Praetoris est copia. *L. sed & si 26. pr.*, & *x. 4. ex quib. causs. maj.* Hinc formula illa in Edictis Praetorum, *quum primum experiundi facultas erit*, L. 1. *de his, quae in fraud.*, L. 1. *uti possid.* Olim bonorum possessio Romae apud Praetorem, in Provinciis petenda apud Praesidem erat, L. 2. §. 1. *quis ordo in bon. poss.*, & quidem certa, ac solenni formula; L. 1. C. *comm. de succ.* Sed bene *ab anterioribus Principibus* provisum, inquit Tribonianus §. 10., ne quis pro petenda bonorum possessione *curet*, h. e., solicitus sit. Spectat autem is ad Constitutionem Imp. Constantini in *L. ult. C. qui admit. ad bon. poss.*, qua solennia ista juris sublata sunt: satisque nunc est apud quemlibet Magistratum vel judicem qualicumque voluntatis testatione bonorum possessionem peti, *d. §. 10.* V. Cujac. *Obs. XVII, 19.*

Jus

Jus Novissimum de hereditatibus, quae ab intestato deferuntur.

JUstinianus in *Nov.* 118. tres facit succedentium *Ordines*, Liberorum, Parentum, Lateralium. Liberi *naturae simul*, *& parentum* voto ad successionem ante omnes vocantur, *L. scripto* 7. §. 1. *si tab. test. null.* Hinc *dulcis heres* Juvenali dicitur filius *Sat.* VI, 38. & 39. & *dulci officio functus* Antonino dicitur pater, qui sua sibi manu filium heredem scripsit *L.* 1. *C. de his, qui sibi adscrips.*, uti rejecta emendatione Cujacii perbelle exponit eum locum Bynkersh. *Obs.* I, 19. Atque hinc solennis illa Romanorum formula apud Quintilianum *Inst. Orat.* IX, 2. *Ita mihi contingat herede filio mori*. Sunt autem liberi aut ex justis nuptiis, aut extra nuptias quaesiti: illi aut ex iisdem, aut ex diversis: qui ex iisdem, aut primi gradus, aut ulterioris. Liberi primi gradus parentibus suis intestatis succedunt, sive mares, sive feminae, sive ex maribus, sive ex feminis nati, & sive *sub potestate defuncti*, *sive suae potestatis inveniantur*: unde intelligis, nullum hodie reliquum esse discrimen inter suos & emancipatos, qua de re *v. Obs. nostr.* I, 12. Liberi ulterioris gradus in stirpes succedunt, uti superius traditum est. Bartolo in *L.* 1. §. 5. *de suis & leg.* opinanti, successionem in stirpes ultra pronepotes non esse, quod in §. 6. *sup. de her. quae ab int.* nepotum tantum ac *pronepotum* mentio sit, graviter obstat indefinita illi Justiniani enunciatio in *d. Nov. c.* 1. *filios, aut filias, aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere*: & longe gravius illud Triboniani in §. *ult. sup. eod.*, *pronepotes, proneptes, & alias deinceps personas*. Igitur *pronepotes* in *d.* §. 6. exempli tantum caussa memorantur. Liberi ex diversis nuptiis communi parenti aeque succedunt, proprio separatim: bona tamen, quae ex priore matrimonio communi parenti obvenerunt, solis liberis ex eo matrimonio natis debentur omnia, *L.* 3. *C. de sec. nupt.* Extra nuptias quaesiti aut legitimi sunt, aut illegitimi: legitimi aut adoptivi, aut quos dicunt *legitimatos*. De his in §. 2. de illis in §. 14. *de her. quae ab int.* sat dictum. Illegitimi sunt vel nothi, seu ex concubina suscepti, vel spurii, vel quos ex damnato coitu natos dicitant vulgo. Nothi matri & maternis adscendentibus aeque cum justis liberis succedunt, §. 2. & 8. *D. unde cogn.*, *& L. pen. C. de S. C. Orphit*; patri vero in sextantem cum matre in capita dividendum, si justi liberi deficiant, aut uxor: quod si hi extent, arbitrio boni viri alendi sunt, *Nov.* 89. *c.* 12. §. 4. & *ult.* De spuriis actum in §. 3. *de S. C. Orphit.* Ex damnato coitu natos omnis successionis, quin & alimentorum expertes facit Justinianus *d. Nov.* 89. *c. ult.*, quum tamen is incestuosum ali parentem jubeat *Nov.* 12. *c.* 2.: quae duo quomodo cohaereant, non intelligo. Rectissime igitur Canones abrogato jure Romano praeberi eis alimenta jubent, *Cap. quum haberet de eo, qui duxit uxor.*: quam Canonicam, atque adeo naturalem aequitatem ubique Fori Civilis usus recepit. Si nulli extent liberi, parentibus utriusque sexus quum adgnatis tum cognatis defertur hereditas, ita tamen ut proximior remotiorem excludat, *d. Nov. c.* 2. Igitur hodie pa-

pater matri non obstat, ut antea, *L.* 2. *o.* 15. *D.* &. *L.* 2. *C. ad Tertyl.*, ac §. 3. *sup. eod.* quas Leges Novella 118. abrogavit. Sive autem unius, sive utriusque linae parentes sint gradatim succedunt. Ita pater & avo paterno, qui in eadem est linea, & avo materno, qui in alia est, potior habetur. Quod vulgo traditur ex *d. c.* 2., si paterni, ac materni adscendentes concurrant; paternos in semissem, maternos in alterum semissem vocari, *quotquot* (a) fuerint; est id accipiendum ea conditione, quam diserte apponit Justinianus, *si eundem habeant gradum*. Igitur si superfint avus paternus, & proavia materna, hujus nullum jus erit; si vero superfint avus paternus, & avus maternus, aut avus simul & avia materni, duo semisses fient: atque haec passim successio *quasi in stirpes*, magis proprie successio *in lineas* vocatur. Quod sive in eadem, sive in diversa linea proximiorem remotioni praefert Justinianus: quodque inter utriusque lineae parentes ejusdem gradus *ex aequo* dividit hereditatem; consistere nullo modo potest ea Bartoli opinio, quam miror tam multos arripuisse, paterna bona paternis tantum adscendentibus cedere, materna tantum maternis; ita enim fiet, ut maternus parens remotior paterno proximiori praeferendus sit in bonis maternis, & materno proximiori remotior paternus in paternis: atque ut inter pares maternae, paternaeque lineae adscendentes non *ex aequo* dividi hereditas queat. Vide plura apud Fachineum *Controv. VI*, Struvium *Excerc. in tit. D. ad Tertyl.*; & Mullerum in *Struv. lit. B.* Si cum proximis gradu adscendentibus concurrant germani, germanaeve intestati, omnes in capita succedunt, abolitis *L. ult. C. commun. de success.*, & *L.* 4. *C. de bon. quae lib.*, quae fratres parentibus praeponebant: itemque S. C. Tertylliano, quo semissem unum sorores omnes, alterum sola mater capiebat, *L. ult. Cod. ad Tertyll.* nec portionis fratribus, sororibusve delatae ususfructus parentibus debetur, quorum in potestate sunt: quod singulare est, eaque ratione inductum a Justiniano, quia satis hodie esse parentibus debet cum fratribus concurrere ad hereditatem: quod olim non poterant, *d. c.* 2. Deinde Justinianus *Nov.* 127. *cap.* 1. eodem cum germanis fratribus jure censuit fratrum germanorum demortuorum filios, si vel unus frater germanus superfit: & contra Justiniani verba faciunt Rittershusius in *Novell.* VII. 10. aliique complures, qui, licet nullus extet *frater* germanus, demortuorum filios admittunt. Isti autem fratrum filii locum subeunt patrum suorum, succeduntque in stirpes, *d. Novell.* 127. *c.* 1. Si liberi, ac parentes desint, lateralibus nullo sive sexus, sive adgnationis & cognationis discrimine sit locus, *Nov.* 118. *c.* 3. Est tamen etiam jure ejus Novellae adgnatus cognato, & adgnatus potior adgnato, namque uterinum, & consanguineum germanus, filiique germani filios fratris altero tantum parente conjuncti excludunt. Porro vix est, ut hic obtineat regula, Proximus remotiorem excludit: quin & par parem, & vero etiam remotior excludit proximiorem. Ita germani praeferuntur consanguineis, & uterinis, fra-

(a) *In Graeca Novella est*, ὅσοι δήποτε *quod vetus interpres Latinus ex ingenio magis Graeci, quam Latini sermonis vertit*, quanticunque *quum esset reddendum*, quotquot.

fratrumque filii patruis gradu paribus, & germanorum filii fratribus ex uno latere conjunctis, qui a defuncto propius absunt. Jam Imperator ordinem lateralium in tres tribuit gradus, quorum primum obtinent germani, germanorumque filii: secundum consanguinei, & uterini, filiique eorum: tertium ceteri, in quibus demum ea perpetuo servatur regula, a proximo remotiorem excludi. Fratres igitur matre aut patre diversos non germani solum, sed & germanorum praemortuorum filii repellunt, licet hi tertio gradu absint a defuncto, illi secundo; namque eos repelleret filiorum parens, si viveret. Germanorum autem filii cum thiis concurrentes in stirpem succedunt, *d. c. 3.* Quid si non cum thiis concurrant, sed soli sint? Eos olim in capita successisse, Ulpiani testimonio patet in *L. 2. §. 2. de suis, & leg.* In capita etiam succedere post Novellam, opinio fuit Azonis: at vero successionem in stirpes praetulit Accursius: nec fuit unquam de ulla alia re tam magnis animis inter interpretes disputatum. Eo res venit, ut esse e re publica duxerit Imp. Carolus V. controversiam definire Comitiis Spirae habitis ann. 1529. Prostat apud Forsterum *De success.* VIII. 3. apud Stryckium, & alios Carolina Constitutio, qua secundum Azonem pronunciatum est. Et sententia quidem Azonis eo vel uno argumento probabilior fit, quod Novella nusquam abrogarit jus vetus, nec successionis in stirpem meminerit, quin concurrere finxerit fratrum filios cum thiis. Alia argumenta congessit Rittershusius in *Novell.* VII, Si germani, eorumve filii desint, consanguineis, atque uterinis pariter defertur hereditas. Quod in hac specie plerisque visum, eo redire bona, unde profecta sunt, sicque paterna consanguineis, materna uterinis cedere, reliqua vero aeque tribui inter eos; id veteri quidem juri probatur in *L. 4. C. de sec. nupt.*, *L. 13. §. 2. C. de leg. her.*, *L. ult. C. comm. de success.*, & *Nov. 84. c. 1. §. 2. & c. 2.*; sed displicuit tandem Justiniano in *Nov. 118. c 3.* ubi vocat ad hereditatem fratres, *qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto sive per patrem solum, sive per matrem*: quae verba sunt negligentis discrimen illud bonorum. V. Fachinaeum *Controv.* VI, 5. Hos sequuntur caeteri laterales, sive ex uno latere, sive utrinque conjuncti secundum gradus praerogativam; ac si plures eodem sint gradu, in capita succedunt, *d. cap. 3. in fin.* Igitur ultra fratres, eorumque filios nihil refert, num ex uno quis, an ex utroque latere conjungatur: ac jus repraesentationis in hoc ordine non ultra fratrum filios est. Attexendum aliquid de Conjugum successione. Olim quae uxor convenerat in manum viri, sua heres viro erat: qua de re in *Diss.* nostra *De uxoris in manum viri conventione*. Sed ea tandem conventione sublata, superstiti conjugi accomodavit Praetor bonorum possessionem *unde vir & uxor*: quam *antiquum jus* (b) dixere Theodosius & Valentinianus in *L. un. C. unde vir & uxor*, si justum esset matrimonium tempore mortis, *L. un. D. eod.*, ac deficeret *omnis parentum, liberorumve, seu propinquorum* (h. e. lateralium) *legitima*, (h. e. civilis) *vel naturalis* (h. e. Praetoria) *successio*, *d. L. un. C.* Atque haec viri & uxoris Praetoria successio est. Est & civilis Conjugum successio ab Ju-

(b) *V. Cujac. in tit. C. unde vir. & ux.*

stiniano introducta in *Novellis* 53. 74., & 117. Rem totam dabit *Auth. praeterea C. eod. tit. Praeterea si matrimonium sit absque dote, conjux autem praemoriens locuples sit, superstes vero laboret inopia; succedat una cum liberis communibus alteriusve matrimonii in quartam, si tres sint, vel pauciores: quod si plures sint, in virilem portionem: ut tamen ejusdem matrimonii liberis proprietatem servet, si extiterint: his vero non extantibus; vel si nullos habuerit, potietur etiam dominio, & imputabitur legatum in talem portionem*. Inopem uxorem viro succedere in hunc modum, exploratissimi juris est. Num de viro etiam inope ea Authentica accipienda sit, quaeritur. Numero vincunt, qui affirmant; sed ego tamen prorsus nego cum paucis; nam de uxore tantum loquitur Justinianus *Novell.* 117. c. 5.: quin diserte negat de viro, quod de uxore ait. Ecce ejus verba ex *d. c.* 5. *Virum in talibus casibus quartam ex substantia mulieris accipere, modis omnibus prohibemus*. Demum vacantia, seu *ἀδέσποτα* bona rediguntur ad Fiscum, *L.* 1. §. 2. *de Jur. fisc.*: qua de re latissime in *Comm.* nostris *De jure fisci* II. 15. Adfinitatis jure nulla successio permittitur, *L.* 7. *Cod. comm. de success.*

TITULUS X.

De adquisitione per adrogationem.

PR. TIT. & §. I. Tertius per universitatem adquirendi modus erat olim Adrogatio, non L. XII. Tab., nec Praetoris Edicto introductus, sed eo jure, quod *consensu receptum est*, *pr. h. t.*, i. e. auctoritate Prudentum, tacitoque consensu, ut bene Cujacius *not. pr.* ex L. 2. §. 5. *de O. J.* Quod vero is addit, *receptum* dici, quia externum quum esset, illud sibi Populus R. adscivit ex legibus *θετικοῖς* Graecorum, quae erant de adoptionibus; id vix probo. Receptum dicitur, quod Prudentum auctoritate introductum, mox usu Civium Romanorum receptum est. Confer dicta *de receptis sententiis* in §. *tit.* 2. *lib.* 1. Et introducto quidem adrogationum jure, Prudentes eam adquisitionem, velut patriae potestatis consectarium, admisere: quam interpretationem R. Populus tacito consensu recepit. Igitur olim si paterfam. se adrogandum dabat, omnia, quae ejus erant, quaeque adquiri poterant, *tacito jure* ad eum transibant; qui adrogabat, L. *si paterfam.* 15. *de adopt.* Excipiebantur ea, quae capitis minutione peribant, ut operarum obligationes, jus adgnationis, usus, & ususfructus. Sed usum & usumfructum minima capitis minutione non perimi, tum placuit Justiniano L. 16. §. 2. *C. de usufr.* Operae libertorum sunt hic *officiales*, puta, cum patrono morari, peregre proficisci, negotium ejus exercere, *L. hae* 38. *de oper. libert.*, non item *fabriles*, puta, histrionicae, pictoriae, pistoriae; namque hae alii, quam patrono edi possunt, illae tantum patrono, L. *operae* 9. *D. eod.*: quae autem adrogatione facta transire ad patrem non possunt, ea continuo extinguuntur. At vero obsequium patrono debitum capitis minutione nunquam perit, arg. L. *sed si* 10. §. 3. *de in jus voc.* Jure novo adrogator exemplo

patris

patris naturalis usumfructum solum habet bonorum filii, L.6. C. de bon quae lib. hoc autem in adoptiva familia mortuo, dominium quoque bonorum, nisi certae supersint personae, quae obstant patri, ut liberi, & & fratres: quod Constitutione Justiniani cautum ait §. 1. Tribonianus. Eam Eguinarius Baro Graecam deperditam intelligit, Ferrettus L. ult. C. de test. man., Cujacius L. ult. C. comm. de succ., quod verosimilius est. Jure Novellae 118. liberi praeferuntur avo, germani cum avo concurrunt. Quod si quid debeat is, qui se in adrogationem dedit, ipso jure adrogator non tenetur; non enim ipse contraxit; tamen *filii nomine* convenitur, d. §. 1. Num actione de peculio? Non videtur, ea enim tenetur suo, non filii nomine, L. *si ita* 59. *de solut.* Sed verum est, in adrogatorem de peculio actionem dari, L. *in adrogatorem* 42. *de pec.*, & nomine quidem filii, L. *Fulcinius* 7. §. 15. *quib. ex caus. in poss.*, h. e, ut Cujacius explicat, ex ante gesto a filio. Si vero pater defendere eum nolit, creditoribus bonorum possessio addicitur d. §. 1.: quem locum de bonis adrogati a creditoribus possidendis singularem esse, Cujacius monet.

TITULUS XI.

De eo, cui libertatis caussa bona addicuntur.

QUartus per universitatem adquirendi modus est Bonorum Addictio conservandarum libertatum caussa ex Constitutione Marci Antonini, quae memoratur in L. *quod D. Marco* 50. *de man. test.*, & in L. 2., & 4. *de fideic. libert.*, enarratur autem in L. *ult.* C. *de test. man.*, & *pr. h. t.* Omnes natura liberos nasci, ac servitutem contra naturam fuisse introductam, proindeque esse quoquo studio libertati favendum, Stoicorum dogma fuit, quod Seneca exornat *ep* 47., & *Contr. VII.6.*, ac passim Jurisconsulti, L.64. *de condict. indeb.*, & L.32. *de R. J. V.* Meril. *Obs.I.* 15. Ea Philosophia imbutus Antoninus teste Xiphilino, ac Suida in Μάρκος, unde cognomentum *Philosophi* quaesivit sibi, quum saepe favit libertati, L. *tutela* 3. §. 2. *de leg. tut.*, L. *si servo* 84. §. 1. *de her. inst.*, L. *Divus* 26. *de man. test.*, & L. *quum quasi* 130. §. 3. *de fid. lib.* tum maxime favit in ea specie, si quis obaeratus testamento, codicillisve, aut intestatus decedens codicillis dederit libertates, nemo autem suspectam adierit hereditatem; quod enim ita pereunt libertates, L.1. C. *de fideic. lib.*, earum tuendarum gratia rescripsit Popilio Rufo (*a*), exaudiri debere liberum quemlibet, servumve te-

(a) *Sive cum Theophilo* Popilium, *sive* Pompilium *cum Haloandro, sive cum A. Augustino Emend.* III. 8. Pamphilium *legas, nihil interest. Cave tamen cum Theophilo, & Cujacio in hunc locum opineris* ' Popilium *Rufum e servis fuisse. Duo illa nomina indicium mihi faciunt libertatis: quod idem Cujacius docuit in L. 50 de manumiss. test ex lib. 9. Resp. Papin. Spectat huc pulcherrimum Diocletiani rescriptum in L. 9. Cod. de liber. caus. Servi unum nomen, nec certum habebant, sed plerumque inditum arbitratu domino-* rum

quod per se non habet emancipatus, per conjunctam personam habet: quod novum non est, *L. mulieri* 74. *de cond. & dem.*, & *L. ult. de lib. & post.* Demum testamento, seu *testatione* codicillisve, aut *vivus*, sive verbis, quaecumque sint, sive nutu; ac sive pure, sive sub conditione adsignat patronus, *L.* 1. §. 4., & *L.* 7. *h. t.*, uti quavis nuda voluntate adimit adsignationem, *d. L.* 1. §. 4. Quae omnia sunt aut ex verbis, aut ex sententia S. C. Claudiani, quod *Claudianis temporibus* factum, ait Trib. §. 3. *Sabellio Rufo*, *& Asterio Scapula Coss.* Apud Ulpianum in *d. L.* 1. est *Velleo* seu *Vellejo Rufo & Osterio*, apud Theophilum autem *Suillo*, & *Hostorio*, seu *Ostorio*: quae sanctior lectio; namque & *Suillium Rufum* Plinius *Hist. VII*, 4., & *Osterium* memorat Tacitus *Annal. XVI*, 14., & 15. Suffecti Consules fuere. Varie in istorum Consulum nominibus peccatum, ut saepe in aliis. V. A. Augustin. *Emend. III*, 7., & Binkersh. *Obs. III*, 7.

TITULUS IX.

De bonorum possessionibus.

PR. TIT. §. I, & II. Alter adquirendi per universitatem modus est Praetoria successio, quae *bonorum possessio* appellatur. Haec autem est jus persequendi, retinendique patrimonii, sive rei, quae cujusque, quum moritur, fuit, *L.* 3. §. 2. *h. t.* Id jus emendandi, adjuvandive veteris juris gratia Praetor induxit, *pr.* & §. 1. *h. t.* Et emendavit quidem jus vetus promissa bonorum possessione emancipatis, & cognatis, quos ignorat Lex XII. Tab.: adjuvit, ea iis etiam data, quibus, utpote heredibus jure Civili, nihil erat bonorum possessione opus, ut mox. Quos vero solus vocat Praetor, ii non proprie heredes sunt, sed *loco heredum*; quum enim heres sit idem, quod dominus, eum facere Praetor non potest, sed aut Lex, aut Principis Constitutio, aut Senatusconsultum, §. 2. *h. t.* Igitur Praetoria successio modus est quasi dominii adquirendi. Τὸ *loco heredum* fictionis nota est: hinc Praetoriae actiones dictae Ulpiano *fictitiae* in *Fragm.* XXVIII, 12. Effectu tamen possessio bonorum a dominio nihil distat. Eo sensu interdum nomine hereditatis venit, *L. in traditionibus* 19. §. 2. *de cond. & dem.*, eoque eodem sensu ab Ulpiano scriptum in *L.* 1. *de bon. possessionib.*, *Bonorum possessio admissa commoda & incommoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit*: ut proinde disputatio, quam instituunt quidam, num beneficium illud Praetoris in nuda possessione positum sit, vix quidquam habeat utilitatis. V. Cujac. *Obs. XXI*, 36., Galvan. *de Usufr. XXV*, 11., & Vin. hic.

§. III. *usque ad* VI. Possessionum duae ex testamento sunt, puta, vel *secundum*, vel *contra tabulas*, de quibus abunde *lib.* 2. *Inst.*; ab intestato autem octo: Prima est bonorum possessio *unde liberi*, quae, licet emancipatorum gratia primum instituta, §. 9. *sup. de her. quae ab int.*, datur etiam suis. Secunda est bonorum possessio *unde legitimi*, *L.* 2. §. *ult.*

ult. ac *L.* 3. *unde leg.*, & iis omnibus datur, qui aut Lege, aut S. C. ad legitimam hereditatem vocantur. quales sunt mater ex Tertylliano, atque ex Orphitiano liberi. Tertia est bonorum possessio *unde decem personae*, quae non interposita a patre naturali fiducia contra extraneum filii manumissorem dabatur decem personis, h. e., patri, matri, avo, aviae, sive paternis, sive maternis, filio, filiae, nepoti, nepti ex filio, filiave, fratri, sorori, sive consanguineis sive uterinis. Istius cur non meminit Ulpianus in *Fragm. XXVIII*, 14., quo loco debebat meminisse? Id eo factum Heinnecius putat, quo dejus Jurisconsulti aevo solenne esset emancipationem contracta fiducia expediri. Fabulae. Possessionem illam multis exponit is idem Ulpianus in *Collat. L.L. Mosaic. XV*, 9. Bene Cujacius *not. pr. in tit de leg adgn. succ.* suspicatur, eum, qui sub Gothis Ulpiani corpus dilaceravit, possessionem *unde decem personae* jam abolitam omisisse. Quod addit Heinnecius, de ea possessione altum in Pandectis silentium esse, nequeo ferre dissimulanter. Ecquo alio spectat Modestinus in *L. 6. de suis & leg.*, *Si ad patrem manumissorem filii intestati legitima hereditas perveniat, vel non manumissori bonorum possessio competat, mater defuncti submovetur?* Quarta est bonorum possessio *unde cognati*, de qua *sup. in tit. de success. cognat.* Quinta est bonorum possessio *tanquam ex familia*: quae vulgata & proba lectio est. Alias vide apud Alciatum *Parerg. I*, 12., Contium, Cujacium, & Hotomanum hic, Fabrotum in *Theoph.* hic, Maranum *Parat. de bon. poss.*, Marcilium ad *LL. XII. t.* 37., aliosque. Qualis ea possessio fuerit, non exponit Tribonianus; at, quantum intelligere est ex Thophilo, ea adgnatis patroni data, tanquam ex familia patroni. Sexta dicitur vulgo *pro patronis*, dabaturque patrono, patronaeque, liberisque, & parentibus eorum. Septima est bonorum possessio *unde vir, & uxor*, qua conjux Fiscum excludit. Octava cognatis manumissoris data, &, uti §. 6. Tribonianus inquit, *unde cognati manumissoris* dicta, §. 3. *h. t.* Sed Justinianus tamen duas illas ex testamento retinuit, ab intestato quatuor, nempe *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, & *unde vir & uxor*. Bonorum possessionem *unde decem personae*, postquam extranei manumissores esse desierunt ex sua Constitutione in *L. ult. C. de emancip. lib.*, itemque tres illas, quae patronis, eorumque liberis & parentibus, vel adgnatis, cognatisve dabantur, post novam de jure patronatus Constitutionem, tanquam omnino inutiles removit, §. 4. 5. & 6.

§. VII. Hactenus de bonorum possessionibus ordinariis, quae *stabili jure*, uti Tribonianus loquitur, accommodat Praetor. Est & extraordinaria bonorum possessio, quam Praetor extra ordinem dat non ex jurisdictione sua, ex qua ordinariae accommodantur, sed jussu legis, quae quum possit hereditatem, mavult tamen deferre possessionem ministerio Praetoris: eaque Theophilo in §. 3. *h. t.* bonorum possessio *tum quibus ex legibus*, Graecis in *L.* 3. *unde lib.* possessio *tum cujus ex legibus*, Cujacio *Obs.* XI, 15. dicitur, *cui ex Legibus Senatusve Consultis possessio detur*: sub quo *tit.* ita Ulpianus *L. un.*, *Praetor ait, Uti me quaque Lege, Senatus Consulto bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo*. Legibus, Senatusve

tusve Consultis adde Constitutiones Principum ex Trib. hic. Extraordinaria iliae istius possessionis proprium est, ut nova Lege specialiter deferatur, *h.* §., & *d.* L. *un.* §. 2. Hac regula facile esset exempla invenire: & multa quidem cogerunt Scipio Gentilis *de jurisd. I, 26.*, & Wissenbachius in *tit. D. ut ex leg.* Verum ea. res multo plus habet, quam videtur, difficultatis. V. *Obs. nostr. II*, 4. Minus est a re, quam agimus, alienum, quod Hotomanus repetit ex Ulpiano in L. *postumus* 12. *de injust. rupt.*, *Postumus praeteritus, vivo testatore natus decessit: licet juris scrupulositate, nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit, ut & D. Adrianus, & Imperator noster rescripserunt.* Possessionum nomina ab initialibus Capitum verbis facta, ut & interdictorum, atque actionum quarundam. In eum modum Leges laudari, mos est.

§. VIII. IX, & X. Jam Praetor, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent, & creditoribus longior mora fieret, & ne facile creditores in possessionem bonorum defuncti mitterentur, Edictum successorium proposuit, quo petendae bonorum possessioni certum diem dixit; ita tamen, ut gradus gradui, & ordo ordini succederet intra eum diem, §. 8. *h. t.*, & *L.* 1. *de success. edict.* Gradus gradum succedaneum voluit Praetor in solo ordine cognatorum; namque in liberis nulla est gradus praerogativa, adgnatos autem remotiores Praetor ex ordine cognatorum vocavit. V. dicta in §. 7. *sup. de leg. adgn. success.* Et quoniam liberi ac parentes quum naturales tum adoptivi *pene ad propria bona veniunt*, *d. L.* 1. §. 12., dedit eis Praetor anni spatium: ceteris centum dierum; ita tamen ut & ipso die centesimo bonorum possessio peti possit, *d. L.* 1. §. 9. Parentum in Edicto nullus proprius ordo; sed aut ex capite *unde legitimi* ad possessionem admissi, ut parens manumissor, & mater: aut ex capite *unde cognati*. Et quemadmodum in Civili, sic in Praetoria successione locus est juri adcrescendi, si unus ex eodem gradu bonorum possessionem non petierit, §. 9. *h. t.*, & *L.* 3. §. *ult. de bon. possessionib.* :quo casu, non expectato die petitioni praestituto, statim caeteri admittuntur, *d.* §. 9, & *d.* L. 1. §. 10. Id tempus utile est, nempe, quo quis non ignorat jus suum, & quo petere non impeditur; neque enim semper Praetoris est copia. *L. sed & si* 26. *pr.*, & *x.* 4. *ex quib. causs. maj.* Hinc formula illa in Edictis Praetorum, *quum primum experiundi facultas erit*, L. 1. *de his, quae in fraud.*, L. 1. *uti possid.* Olim bonorum possessio Romae apud Praetorem, in Provinciis petenda apud Praesidem erat, L. 2. §. 1. *quis ordo in bon. poss.*, & quidem certa, ac solenni formula, L. 1. C. *comm. de succ.* Sed bene *ab anterioribus Principibus* provisum, inquit Tribonianus §. 10., ne quis pro petenda bonorum possessione *curet*, h. e., solicitus sit. Spectat autem is ad Constitutionem Imp. Constantini in *L. ult. C. qui admit. ad bon. poss.*, qua solennia ista juris sublata sunt: satisque nunc est apud quemlibet Magistratum vel judicem qualicumque voluntatis testatione bonorum possessionem peti, *d.* §. 10. V. Cujac. *Obs. XVII*, 19.

Jus

Jus Novissimum de hereditatibus, quae ab intestato deferuntur.

JUstinianus in *Nov.* 118. tres facit succedentium *Ordines*, Liberorum, Parentum, Lateralium. Liberi *naturae simul*, & *parentum* voto ad successionem ante omnes vocantur, L. *scripto* 7. §. 1. *si tab. test. null.* Hinc *dulcis heres* Juvenali dicitur filius Sat. VI, 38., & 39. & *dulci officio functus* Antonino dicitur pater, qui sua sibi manu filium heredem scripsit L. 1. C. *de his, qui sibi adscrips.*, ubi rejecta emendatione Cujacii perbelle exponit eum locum Bynkersh. *Obs.* I, 19. Atque hinc solennis illa Romanorum formula apud Quintilianum *Inst. Orat.* IX, 2. *Ita mihi contingat herede filio mori*. Sunt autem liberi aut ex justis nuptiis, aut extra nuptias quaesiti: illi aut ex iisdem, aut ex diversis: qui ex iisdem, aut primi gradus, aut ulterioris. Liberi primi gradus parentibus suis intestatis succedunt, sive mares, sive feminae, sive ex maribus, sive ex feminis nati, & sive *sub potestate defuncti*, *sive suae potestatis inveniantur*: unde intelligis, nullum hodie reliquum esse discrimen inter suos & emancipatos, qua de re v. *Obs. nostr.* I, 12. Liberi ulterioris gradus in stirpes succedunt, uti superius traditum est. Bartolo in L. 1. §. 5. *de suis & leg.* opinanti, successionem in stirpes ultra pronepotes non esse, quod in §. 6. *sup. de her. quae ab int.* nepotum tantum ac *pronepotum* mentio sit, graviter obstat indefinita illi Justiniani enunciatio in *d. Nov.* c. 1. *filios, aut filias, aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere*: & longe gravius illud Triboniani in §. *ult. sup. eod.*, *pronepotes, proneptes, & alias deinceps personas*. Igitur *pronepotes* in *d.* §. 6. exempli tantum caussa memorantur. Liberi ex diversis nuptiis communi parenti aeque succedunt, proprio separatim: bona tamen, quae ex priore matrimonio communi parenti obvenerunt, solis liberis ex eo matrimonio natis debentur omnia, L. 3. C. *de sec. nupt.* Extra nuptias quaesiti aut legitimi sunt, aut illegitimi: legitimi aut adoptivi, aut quos dicunt *legitimatos*. De his in §. 2.: de illis in §. 14. *de her. quae ab int.* sat dictum. Illegitimi sunt vel nothi, seu ex concubina suscepti, vel spurii, vel quos ex damnato coitu natos dictitant vulgo. Nothi matri & maternis adscendentibus aeque cum justis liberis succedunt, §. 2. & 8. *D. unde cogn.*, & L. *pen.* C. *de S. C. Orphit*; patri vero in sextantem cum matre in capita dividendum, si justi liberi deficiant, aut uxor: quod si hi extent, arbitrio boni viri alendi sunt, *Nov.* 89. c. 12. §. 4. & *ult.* De spuriis actum in §. 3. *de S. C. Orphit.* Ex damnato coitu natos omnis successionis, quin & alimentorum expertes facit Justinianus *d. Nov.* 89. c. *ult.*, quum tamen is incestuosum ali parentem jubeat *Nov.* 12. c. 2.: quae duo quomodo cohaereant, non intelligo. Rectissime igitur Canones abrogato jure Romano praeberi eis alimenta jubent, *Cap. quum hababeret de eo, qui duxit uxor.*: quam Canonicam, atque adeo naturalem aequitatem ubique Fori Civilis usus recepit. Si nulli extent liberi, parentibus utriusque sexus quum adgnatis tum cognatis defertur hereditas, ita tamen ut proximior remotiorem excludat, *d. Nov.* c. 2. Igitur hodie

pater matri non obstat, ut antea, *L.* 2. *o.* 15. *D.* &. *L.* 2. *C. ad Tertyl.*, ac §. 3. *sup. eod.* quas Leges Novella 118. abrogavit. Sive autem unius, sive utriusque linae parentes sint gradatim succedunt. Ita pater & avo paterno, qui in eadem est linea, & avo materno, qui in alia est, potior habetur. Quod vulgo traditur ex *d. c.* 2., si paterni, ac materni adscendentes concurrant; paternos in semissem, maternos in alterum semissem vocari, *quotquot* (a) fuerint; est id accipiendum ea conditione, quam diserte apponit Justinianus, *si eundem habeant gradum*. Igitur si supersint avus paternus, & proavia materna, hujus nullum jus erit; si vero supersint avus paternus, & avus maternus, aut avus simul & avia materni, duo semisses fient: atque haec passim successio *quasi in stirpes*, magis proprie successio *in lineas* vocatur. Quod sive in eadem, sive in diversa linea proximiorem remotioni praefert Justinianus: quodque inter utriusque lineae parentes ejusdem gradus *ex aequo* dividit hereditatem; consistere nullo modo potest ea Bartoli opinio, quam miror tam multos arripuisse, paterna bona paternis tantum adscendentibus cedere, materna tantum maternis; ita enim fiet, ut maternus parens remotior paterno proximiori praeferendus sit in bonis maternis, & materno proximiori remotior paternus in paternis: atque ut inter pares maternae, paternaeque lineae adscendentes non *ex aequo* dividi hereditas queat. Vide plura apud Fachineum *Controv. VI*, Struvium *Excerc. in tit. D. ad Tertyl.*; & Mullerum in *Struv. lit. B.* Si cum proximis gradu adscendentibus concurrant germani, germanaeve intestati, omnes in capita succedunt, abolitis *L. ult. C. commun. de success.*, & *L.* 4. *C. de bon. quae lib.*, quae fratres parentibus praeponebant: itemque S. C. Tertylliano, quo semissem unum sorores omnes, alterum sola mater capiebat, *L. ult. Cod. ad Tertyll.* nec portionis fratribus, sororibusve delatae ususfructus parentibus debetur, quorum in potestate sunt: quod singulare est, eaque ratione inductum a Justiniano, quia satis hodie esse parentibus debet cum fratribus concurrere ad hereditatem: quod olim non poterant, *d. c.* 2. Deinde Justinianus *Nov.* 127. *cap.* 1. eodem cum germanis fratribus jure censuit fratrum germanorum demortuorum filios, si vel unus frater germanus supersit: & contra Justiniani verba faciunt Rittershusius in *Novell.* VII. 10. aliique complures, qui, licet nullus extet frater germanus, demortuorum filios admittunt. Isti autem fratrum filii locum subeunt patrum suorum, succeduntque in stirpes, *d. Novell.* 127. *c.* 1. Si liberi, ac parentes desint, lateralibus nullo sive sexus, sive adgnationis & cognationis discrimine sit locus, *Nov.* 118. *c.* 3. Est tamen etiam jure ejus Novellae adgnatus cognato, & adgnatus potior adgnato, namque uterinum, & consanguineum germanus, filiique germani filios fratris altero tantum parente conjuncti excludunt. Porro vix est, ut hic obtineat regula, Proximus remotiorem excludit: quin & par parem, & vero etiam remotior excludit proximiorem. Ita germani praeferuntur consanguineis, & uterinis, fra-

(a) *In Graeca Novella est*, ὅσοι δήποτε *quod vetus interpres Latinus ex ingenio magis Graeci, quam Latini sermonis vertit*, quanticunque *quum esset reddendum*, quotquot.

fratrumque filii patruis gradu paribus, & germanorum filii fratribus ex uno latere conjunctis, qui a defuncto propius absunt. Jam Imperator ordinem lateralium in tres tribuit gradus; quorum primum obtinent germani, germanorumque filii: secundum consanguinei, & uterini, filiique eorum: tertium ceteri, in quibus demum ea perpetuo servatur regula, a proximo remotiorem excludi. Fratres igitur matre aut patre diversos non germani solum, sed & germanorum praemortuorum filii repellunt, licet hi tertio gradu absint a defuncto, illi secundo; namque eos repelleret filiorum parens, si viveret. Germanorum autem filii cum thiis concurrentes in stirpem succedunt, *d. c.* 3. Quid si non cum thiis concurrant, sed soli sint? Eos olim in capita successisse, Ulpiani testimonio patet in *L.* 2. §. 2. *de suis*, & *leg.* In capita etiam succedere post Novellam, opinio fuit Azonis: at vero successionem in stirpes praetulit Accursius: nec fuit unquam de ulla alia re tam magnis animis inter interpretes disputatum. Eo res venit, ut esse e re publica duxerit Imp. Carolus V. controversiam definire Comitiis Spirae habitis ann. 1529. Prostat apud Forsterum *De success.* VIII. 3. apud Stryckium, & alios Carolina Constitutio, qua secundum Azonem pronunciatum est. Et sententia quidem Azonis eo vel uno argumento probabilior fit, quod Novella nusquam abrogarit jus vetus, nec successionis in stirpem meminerit, quin concurrere finxerit fratrum filios cum thiis. Alia argumenta congessit Rittershusius in *Novell.* VII, Si germani, eorumve filii desint, consanguineis, atque uterinis pariter defertur hereditas. Quod in hac specie plerisque visum, eo redire bona, unde profecta sunt, sicque paterna consanguineis, materna uterinis cedere, reliqua vero aeque tribui inter eos; id veteri quidem juri probatur in *L.* 4. *C. de sec. nupt.*, *L.* 13. §. 2. *C. de leg. her.*, *L. ult. C. comm. de success.*, & *Nov.* 84. *c.* 1. §. 2. & *c.* 2.; sed displicuit tandem Justiniano in *Nov.* 118. *c.* 3. ubi vocat ad hereditatem fratres, *qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto sive per patrem solum, sive per matrem*: quae verba sunt negligentis discrimen illud bonorum. V. Fachinaeum *Controv.* VI, 5. Hos sequuntur caeteri laterales, sive ex uno latere, sive utrinque conjuncti secundum gradus praerogativam; ac si plures eodem sint gradu, in capita succedunt, *d. cap.* 3. *in fin.* Igitur ultra fratres, eorumque filios nihil refert, num ex uno quis, an ex utroque latere conjungatur: ac jus repraesentationis in hoc ordine non ultra fratrum filios est. Attexendum aliquid de Conjugum successione. Olim quae uxor convenerat in manum viri, sua heres viro erat: qua de re in *Diss.* nostra *De uxoris in manum viri conventione*. Sed ea tandem conventione sublata, superstiti conjugi accomodavit Praetor bonorum possessionem *unde vir & uxor*: quam *antiquum jus* (b) dixere Theodosius & Valentinianus in *L. un. C. unde vir & uxor*, si justum esset matrimonium tempore mortis, *L. un. D. eod.*, ac deficeret *omnis parentum, liberorumve, seu propinquorum* (h. e. lateralium) *legitima*, (h. e. civilis) *vel naturalis* (h. e. Praetoria) *successio*, *d. L. un. C.* Atque haec viri & uxoris Praetoria successio est. Est & civilis Conjugum successio ab Ju-

(b) *V. Cujac. in tit. C. unde vir. & ux.*

patris naturalis usumfructum solum habet bonorum filii, L.6. C. de bon quae lib. hoc autem in adoptiva familia mortuo, dominium quoque bonorum, nisi certae superfint personae, quae obstant patri, ut liberi, & & fratres: quod Constitutione Justiniani cautum ait §. 1. Tribonianus. Eam Eguinarius Baro Graecam deperditam intelligit, Ferretus L. ult. C. de test. man., Cujacius L. ult. C. comm. de succ., quod verosimilius est. Jure Novellae 118. liberi praeferuntur avo, germani cum avo concurrunt. Quod si quid debeat is, qui se in adrogationem dedit, ipso jure adrogator non tenetur; non enim ipse contraxit; tamen filii nomine convenitur, d. §. 1. Num actione de peculio? Non videtur, ea enim tenetur suo, non filii nomine, L. si ita 59. de solut. Sed verum est, in adrogatorem de peculio actionem dari, L. in adrogatorem 42. de pec., & nomine quidem filii, L. Fulcinius 7. §. 15. quib. ex caus. in poss., h. e, ut Cujacius explicat, ex ante gesto a filio. Si vero pater defendere eum nolit, creditoribus bonorum possessio addicitur d. §. 1.: quem locum de bonis adrogati a creditoribus possidendis singularem esse, Cujacius monet.

T I T U L U S XI.

De eo, cui libertatis caussa bona addicuntur.

QUartus per universitatem adquirendi modus est Bonorum Addictio conservandarum libertatum caussa ex Constitutione Marci Antonini, quae memoratur in *L. quod D. Marco 50. de man. test.*, & in *L. 2.*, & *4. de fideic. libert.*, enarratur autem in *L. ult. C. de test. man.*, & *pr. h. t.* Omnes natura liberos nasci, ac servitutem contra naturam fuisse introductam, proindeque esse quoquo studio libertati favendum, Stoicorum dogma fuit, quod Seneca exornat *ep 47.*, & *Contr. VII. 6.*, ac passim Jurisconsulti, *L. 64. de condict. indeb.*, & *L. 32. de R. J. V.* Meril. *Obs. I. 15.* Ea Philosophia imbutus Antoninus teste Xiphilino, ac Suida in Μάρκος, unde cognomentum *Philosophi* quaesivit sibi, quum saepe favit libertati, *L. tutela 3. §. 2. de leg. tut.*, *L. si servo 84. §. 1. de her. inst.*, *L. Divus 26. de man. test.*, & *L. quum quasi 130. §. 3. de fid. lib.* tum maxime favit in ea specie, si quis obaeratus testamento, codicillisve, aut intestatus decedens codicillis dederit libertates, nemo autem suspectam adierit hereditatem; quod enim ita pereunt libertates, *L. 1. C. de fideic. lib.*, earum tuendarum gratia rescripsit Popilio Rufo (a), exaudiri debere liberum quemlibet, servumve te-

(a) *Sive cum Theophilo* Popilium, *sive* Pompilium *cum Haloandro, sive cum A. Augustino Emend.* III. 8. Pamphilium *legas, nihil interest. Cave tamen cum Theophilo, & Cujacio in hunc locum opineris* Popilium Rufum *e servis fuisse. Duo illa nomina indicium mihi faciunt libertatis: quod idem Cujacius docuit in L. 50 de manumis. test ex lib. 9. Resp. Papin. Spectat huc pulcherrimum Diocletiani rescriptum in L. 9. Cod. de liber. caus. Servi unum nomen, nec certum habebant, sed plerumque inditum arbitratu domino-* rum

esse: si plures simul satisdato postulent, iis simul addici bona: praeferri eum, qui se plus praestaturum satisdet: eumque, qui plus offerrat intra annum, quam alter, cui addicta sunt bona, altero libertatem retinente, bona obtinere.

TITULUS XII.

De successionibus sublatis, quae fiebant per bonorum venditionem, & ex S. C. Claudiano.

PR. TIT. Quintus adquirendi per universitatem modus erat olim bonorum Emtio, cujus ritum Theophilus enarrat in hunc modum. Si quando debitor in fraudem creditorum latitaret, nec defenderetur, creditores Praetorem adibant, eisque possessio bonorum dabatur ad certum tempus, h. e., uti ex Ciceronis *Quintiana* Cujacius adnotat *Obs.V*, 30., ad dies triginta, intra quos si debitor se judicio non sisteret, redibant illi ad Praetorem, ut unum ex eis *Magistrum* crearet, qui distrahendis bonis praeesset (a). Molestum sane erat, quotidie omnes convenire, resque per unum multo facilius expediebatur. Ejus Magistri meminit Cicero *ad Att. I*, 1., & *ad Fam. XII*, 30. estque super eo Ciceronis jocus apud Quintilianum *Inst. Orat. VI*. 4. Tum is bona proscribebat proposito, ut eadem Oratione Tullius ait, *in celeberrimis locis* libello in eam formulam, quae *carmen magistri* dicitur Senecae *de Ben.IV*, 12. *Ille debitor noster in ea caussa est, ut bona ejus divendi debeant. Nos creditores patrimonium ejus didistrahimus. Quicumque emere volet, adesto*. Paucis diebus post creditores tertio veniebant ad Praetorem, ut liceret distractionis legem facere, quam deinde libello proponebant in partem crediti pacifcentes, quo emtorem celerius invenirent. Is emtor loco erat possessoris bonorum. De *Sectoribus*, & *Sectione* bonorum late Dissertatio nostra *De cruenta debitorum sectione*. Emtionem istam, quo tempore judicia ordinaria in usu erant, locum habuisse, inquit Trib.; ubi vero extraordinaria judicia coepere, cum ipsis ordinariis desiisse. Quorsum varietas ista judiciorum? Multis hic aqua haeret. Et ejus tamen rei facilis est, & promta explicatio ex Paulo in *L. actio* 47. §.1. *de neg. gest.*, quo loco *extraordinaria judicia* definit, *ubi conceptio formularum non observatur*. Igitur *ordinaria* sunt, quae per solennes formulas, multasque *ambages*, uti Tribonianus hic loquitur, exercebantur. Quod nimiam & miseram formularum observationem sustulit Constantinus, recte Hotomanus *ordinaria* interpretatur antiqua, puta, quae exercebantur ante tempora Constantini; *extraordinaria* autem Constantino recentiora: & Tribonianum fortasse imitatum addit consuetudinem veterum, qui fieri extra ordinem dicebant, quod praeter solennem ordinem fiebat: unde *extraordinaria fideicommissorum persequutio* in *L. pecuniae* 178. §.2. *de V. S.*, quod de fideicommissis Praetor ipse judicaret contra diu re-

(a) *Num Magister idem cum Curatore distrahendis bonis dato, uti Hotomanus hic, an alius ab eo, ut plerique omnes? Prorsus alium esse, sponsione quavis contendo. V. Merill. Obs.V*, 37.

receptum dandi judicii morem. Jure novo id tantummodo creditoribus dari, subdit Tribonianus, ut officio judicis bona possideant, deque eis, prout utile videtur, disponant, sibique consulant: idque *ex latioribus Digestorum libris perfectius apparere*. Sed oscitanter tamen is fecit, quum veteris emtionis bonorum vestigia reliquit in *L. quum bona 16.*, & *L. Fufidius 29. de reb. auct. jud. poss.*, ac *L. 6.*, & *9. C. eod.* Jure novissimo creditores non in bona universa mittuntur, sed in eam bonorum partem, quae debitum exaequet, *Nov.53. c.4. §.1.*, unde decerta est Auth. *qui jurat C. eod. tit.* Verum non male Hotomanus intelligi vix posse, ait, cur nunc non uni liceat bona universa emere, ut olim. Est de veteri bonorum emtione Caji locus *Inst.II, 2. pr.*, in quem v. *Obs. nostr. I. 19.*

§. I. Erat & sextus adquirendi per universitatem modus ex S. Claudiano, si libera mulier se alieno servo junxisset, namque ter a domino coram testibus septem admonita nisi abstineret, ei cum bonis suis sententia Praetoris, aut Praesidis in servitutem addicebatur. Paul. *Sent. II, 21.* Ulp. *Fragm. XI*, 11. Omnia haec per partes expendit nostra Dissertatio *De servitute ex connubio*. At genus istud servitutis tanquam suis temporibus indignum abrogavit Justinianus L. *un. C. de S. C. Claud.*, & *ne inseri quidem Digestis* voluit. Sed inseruit tamen novi juris immemor Tribonianus, *L. Lucius Titius 27. D. depositi*.

TITULUS XIII.

De Obligationibus.

PR. TIT. Quod appellatione rei obligationes quoque veniunt, ad absolutam de rebus tractationem id deesse videbatur unum, ut contrahendarum, distrahendarumque obligationum ratio explicaretur: quod facere instituit *h. t.* Tribonianus. Et principio is obligationem definit *juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae secundum nostrae Civitatis jura*. In voce *vinculum* metaphora est, qualis erat olim in verbo *nexum*, de quo ex Varrone Sigonius *de antiq. jur. Civ. Rom. I. 11.* & qualis est etiam in τῷ *solvendae*: quo verbo omnis satisfactio intelligitur, *L. 176. de V. S.* Τὸ *necessitate adstringimur secundum nostrae Civitatis jura* definiri hic probat non genus, sed speciem, puta, obligationem jure Civili efficacem. Id ut probe intelligatur, triplicem facio obligationem, *naturalem*, *civilem*, *mixtam*. Primam parit naturalis ratio, quam Civile jus non probat: secundam civilis subtilitas, quam naturalis aequitas ignorat: tertiam naturalis simul ratio, & civilis. Jure naturae quaevis promissio obligationem parit, nec quidquam est *tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter homines placuerant, servare*, *L. 1. de pact.*; primum enim naturalis ratio non patitur, ut quae fides data nobis & non servata facit, ut injuriam accepisse videamur, eam nos datam aliis non praestemus: deinde qui aliquid alteri promittit, is videtur aliquid de jure suo remittere, h. e. de naturali sua libertate, idque alieno arbitrio dare: postremo, nisi stet promissorum fides, diu ac tuto stare societas

non

non poteſt, nam plerumque ex violata fide non privatae ſolum turbae; ſed publici quoque motus excitantur. Romae vero ab hac naturali ſimplicitate bono civitatis deſcitum; quoniam enim id eſt ingenium hominum, ut qua facilitate promittunt, eadem eos poeniteat promiſiſſe, jure reformidarunt Romani, ne, ſi homines quovis promiſſo adligarentur, iis per levitatem animi fidem detrectantibus, infinita exſurgeret litium ſeges: quo nullum majus in recte conſtituta civitate malum. Igitur genera omnia conventionum animo ſibi proponentes, quaſdam tales eſſe noverunt, ut, niſi parerent in foro judiciiſque obligationem, vix poſſet ſocialis vita conſiſtere, multiſve commodis ſaltem careret: quaſdam tales, ut earum eſſe obligationem parum aut nihil ad vitae ſocialis uſum conſerret, ſatiſque videretur eas ſola ſtare naturali honeſtate. Has *nuda pacta*, illas *legitima*, ſeu *contractus* dixere. Pacta nuda definiunt Diocletianus, & Max. *L.* 27. *C. de locat.* quae *placiti fine ſtant*: legitima Ulpianus definit *L. juris gentium* 7. §. 1., & 2. *pact.*, quae *non in ſuo nomine ſtant; ſed tranſeunt in proprium nomen contractus, aut quibus, & ſi non tranſeant, ſubeſt tamen cauſſa*. Igitur pactum, quod obligationem, actionemque pariat, alterutra nota cognoſces, aut *proprio nomine*, puta, emtionis, locationis, ſocietatis, aut *cauſſa*, ſeu *negotio*, (namque *negotium*, & *cauſſa* idem ſonant, *d. L.* 7., & *L. ſolent* 15. *de praeſcript. verb.*) puta, datione vel facto: (id enim eſſe cauſam, tradunt Ulpianus *d. L.* 7. §. 2., & Papinianus in *L. ſi dominus* 8. *in fin. de praeſcript. verb.*) quae poſterior nota quatuor *innominatorum* contractuum propria eſt, *tit. D. de praeſcr. verb.* Interdum peculiaris Lex pactum confirmat, facitque legitimum, Ita dotis pollicitationem Theodoſii, ac Valentiniani Conſtitutio in *L.6. C. de dot. promiſ.*, ac pactum donationis Conſtitutio Juſtiniani confirmavit in *L. ſi quis argentum* 35. §. *ult. C. de donat.* Contra nuda pacta *in ſuo nomine ſtant*, h. e. in communi nomine pactorum: unde quod in *d. L.*7. §. 5., *d. L.* 15., ac ſexcentis aliis Juris Romani locis, dicitur, ex pacto actionem non naſci, id de nudo pacto accipiendum eſt: ſtant etiam nuda pacta *placiti fine*, h. e. negotii, ſeu dati, factive nihil habent, nec ſunt aliud quam ſimplices conventiones; *nudum* enim eleganti Latinorum metaphora eſt ſaepe ſimplex: quo ſenſu *nuda veritas* Horatio, *nuda ſenectus* Juvenali, *voluntas nuda*, *nuda proprietas*, *nuda Praetoris indulgentia*, ac *nomen nudum* dicitur Juriſconſultis. Barbaros, qui pactum non nudum vulgo *veſtitum* dictitant, merito ridet Coraſius *Miſcell. I*, 1. Tu illud aut *non nudum* dices, aut *legitimum*, quia lege confirmatur, *L.6. de pact.* Quod nulla ex nudis pactis actio naſceretur, eis ſubjicere ſtipulationem, mos fuit Romanorum, ut ex ſtipulatu actio competeret, teſte Paulo *Sent. II*, 22. 2.: quo facit formula, *Rogavit Titius*, *Spopondit Maevius*, noviſſima pactorum, h. e., inſtrumentorum, parte inſeri ſolità, uti eſt apud Ulp. *d. L.*7. §. 12. At Praetor nuda pacta reo prodeſſe voluit ad exceptionem, *d. L.* 7. §. 4.; & vero etiam ex nonnullis accomodavit actionem: qua de re *Inſt. IV*, 6. Igitur quod naturalis obligatio nulla nos adſtringat neceſſitate ſecundum Civilia jura, ea comprehendi definitione Triboniani non poteſt. Dici idem de civili vi-

 detur

detur posse, namque eam sola juris Civilis subtilitas eousque tuetur, ut inde nascatur actio, sed Edictum tamen Praetoris, quod inter jura Romanae Civitatis est, perpetua exceptione data non sinit esse efficacem. Sic qui metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti promisit, subtilitate juris Civilis obligatur, sed opposita quod metus caussa, doli mali, aut in factum exceptione actionem excludit, §. 1. *de except. lib.* 4. Ergo restat, ut mixtam tantum nodo obligationem definierit Tribonianus. Ita interpretum plerique. Verum Tribonianus mox obligationem subjicit literarum, quae mera civilis est, eamque proprio titulo inferius exponit. Proinde magis est, ut & civilis veniat in definitionem. Et animum conjectura haec subit, civiles etiam obligationes necessitate adstringere rei solvendae, quod illas judex spectata ipsa obligationis natura admittere compellatur, & non oppositis exceptionibus perduci ad effectum jubere, quum tamen naturaliter obligatum spectata ipsa obligationis natura nullo modo possit damnare. Porro in contractibus non semper una, nec semper utraque pars adstringitur. Contractuum alii ex uno tantum latere obligant, ut Mutuum, & Stipulatio: alii utrinque, ut Emtio, Locatio, Societas: alii quandoque ex latere uno, quandoque etiam utrinque, ut Commodatum, Depositum, Pignus, Mandatum; & quasi contractus mandato similes, negotiorum gestio, atque administratio tutelae. Et quoniam ut obligationem contractus, ita obligatio parit actionem, *tit. D. de O. & A.*, haec vel directa, vel contraria est: directa quae ex negotio gesto principaliter competit, unde *principalis* appellatur in *L. in commodato* 17. §. 1. *D. commod.*, contraria, quae non principaliter, & ex postfacto. In contractibus primi & secundi generis actiones sive uni, sive utrique parti competentes directae sunt: in contractibus autem tertii generis una semper directa, interdum & altera pars contrario judicio tenetur ad id, quod abest agenti: quo tantum spectant contrariae actiones. Nunc vim percipis τῶ, *vel contra* in iis Capitibus *D. commodati*, *vel contra*, *Depositi*, *vel contra*: quae omnia suo quaeque loco propositis exemplis enucleatius tradentur. Postremo interdum fit, ut vel tantum doli mali, vel culpae quoque nomine una pars alteri teneatur. Casum fortuitum nemo praestat, est enim *fatale damnum*, quod accidit *imprudentibus*, *L. quum duobus* 52. §.3. *D. pro socio*, i. e., inscientibus, ac praeter humanam prudentiam, seu providentiam futurorum (b): est *vis major*, quam Graeci θεῶ βίαν, i. e., *vim Divinam* appellant, & *cui resisti non potest*, *L. si merces* 25. §. 6. *D. locat.*, & *L. in rebus* 18. *commod.*, nisi aut factum praecessit, quod culpa sit, aut expressa de praestando casu conventio, *L. si ut certo* 5. §. 4. *D. commod.*, *L. si ex legato* 23., & *L. nemo* 82. §. 1. *de V. O.* Dolus malus, de quo in §.6. *tit.*26. *lib.*1., semper praestatur adeo ut, si convenerit, *ne dolus praestetur*, agi turpiter, ac nihil agi intelligatur, *L. contractus* 23. &

(b) *Quis neget*, τὸ imprudentibus *accipi eo sensu recte posse? Et illud men multo plus, quam erat necesse, exercuit Interpretes. V. Gilbertum Rem Enantioph.* II, 20., *Robertum Recept. lect.* II, 31., *BynKershoeKium obs.* II, 10, & *Johannem Water Obs.* I, 6.

de R. J. Media inter casum, & dolum culpa est, qua ignorantes, ac negligentes agimus, ut dolo scientes prudentes. Ea est levissima, levis, lata, ac diligentiae opponitur summae, mediocri, minimae; ut levissima sit id omittere, quod diligentissimus paterfamilias non omittit, *d. L.* 18. *commod.*: levis, quae passim nullo addito *culpa* dicitur *L.* 1. §. 35. *D. depos.*, id negligere, quod vulgo faciunt diligentes, *L. quod Nerva* 32. *D. eod.*: lata id negligere, quod negligentes etiam faciunt, *L. latae* 223. *V. S.* Haec in contractibus, & quibuscunque non criminalibus caussis dolo proxima est, *L. si fidejussor* 29. *D. mandat.*, & *L.* 1. §. 1. *si mensor fals. mod.*, ac doli nomine continetur, *L.* 1. §. 5. *de O. & A.*; licet dolo una ex iis particulis adscribatur, quas dicunt *taxativas*, *L. & ita* 3. §. *naut. caup.*, & *d. L.* 23. *de R. J.* Hinc consequitur, latam culpam semper praestari. De levi autem, & levissima haec servanda regula est ex *d. L.* 5. §. 2., & *L. si servus* 108. *de leg.* 1., si in contractu utriusque utilitas agitur, levis dumtaxat culpa praestatur: si ejus tantum qui dat, nihil praeter dolum, & culpam latam: si solum ejus, qui accipit, omnis culpa. Scio, regulam istam non fuisse ab antiquis Jurisconsultis perpetuo servatam: quod est a Jac. Gothofredo abunde demonstratum in *d. L.* 23. *de R. J.*; sed nulla adferri melior potest, & est ea ut plurimum vera.

§. I. Obligationes sunt vel *Civiles*, vel *Praetoriae*, seu *Honorariae*: Has Praetor naturali aequitate motus ex *sua jurisdictione*, seu Edicto constituit, veluti obligationes constitutae pecuniae, jurisjurandi &c. Illae bifariam cernuntur, aut enim sunt *legibus constitutae*, h. e., quas Civile jus introduxit, veluti obligationes verborum, literarum &c.: aut *jure Civili comprobatae*, h. e., quas jure gentium institutas *praeceptis civilibus*, ut loquitur *L.* 31. *D. depositi*, temperarunt Romani, veluti obligationes venditionum, locationum &c.

§. II. Obligationum quatuor veluti fontes facit Tribonianus, contractum, quasi contractuum, maleficium, quasi maleficium. Potest quasi contractus contractu, & quasi maleficium maleficio contineri: quo sensu Gajus *Inst. II.* 9. omnes obligationes *aut ex contractu* nasci ait, *aut ex culpa.* Sed & idem Gajus in *L.* 1. *de. O. & A.* addit, *aut ex variis caussarum figuris*, quae verba de quasi contractu, & quasi maleficio haud male intelliguntur. Varias contractuum divisiones commenti sunt Grotius *de J. B. & P. II,* 12., ejusque frater Wilhelmus *Enchir. jur. nat. cap.* 16. *& seqq.*, Hertius *in Pufendorf. de J. N. & G. V,* 2. 5., & Ev. Otto *in Pufendorf. de off. hom. I,* 15., 2. Ego Tribonianum sequor, & contrahi obligationes ajo aut re, aut verbis, aut literis, aut consensu.

TITULUS XIV.

Quibus modis re contrahitur obligatio

PR. TIT. & §. I. Re contrahi dicuntur obligationes, quae non solo consensu, sed re tradita, factove aliquo constituuntur; quales sunt obligationes permutationum, omniumque contractuum *innominatorum*, *L. 1. §. 2. de rer. perm.* ac *tot. tit. de praescr. verb.* Verum Tribonianus quatuor tantum *nominatos* contractus proponit hoc titulo, *Mutuum*, *Commodatum*, *Depositum*, *Pignus*, fortasse ex sententia veterum Jurisconsultorum; quibus re contrahi obligationes ita demum proprie videbantur, si res tradita vel in genere, ut in mutuo, vel in specie, ut in tribus aliis, redderetur, *L. 1. §. 2. 4. & seqq. de O. & A.* Mutuum aut a voce μοῖτον, quae, ut Varro ait de *L. L. IV, p. 29.*, Siculis mutuum erat, aut a *mutando*, quod magis probat Cujacius *Obs. XI, 37.*, in mutuo enim pecunia cum pecunia mutatur. Ita factum a pascendo pascuum, a cernendo cernuum, dividuum a dividendo. V. Menagium *Amoenit. jur 39.* Quod vero post Gajum *Inst. II. 9. 1.*, & Paulum in *L. 2. §. 2. de reb cred.* scribit *pr. h. t.* Tribonianus, mutuum dici, *quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat*, Stoica allusio est: allusiones autem, seu *ineptias Stoicorum*, uti loco, qui ad manum non est, Tullius ajebat, imitatos saepe Jurisconsultos, nemo unus ignorat. Cujac. *d. cap. 37.* Sed ut alia desint argumenta, certe quidem ea allusio esse argumento debet, mutuo dominium transferri. Opinionem a Molinaeo primum in jus invectam, tum a Claudio Salmasio adornatam, mutuum non esse alienationem, egregie praeter ceteros refutarunt Jac. Wisenbachius *Diatrib. de mutuo*, ac Fabrotus *Epist. ad amic.*, & *Replicat*: Quum multis definitionibus, tum pulcherrima illa mutui definitione jurisprudentiam auxit Cujacius *d. c. 37.*, Mutuum est creditum quantitatis datae ea lege, ut eadem ipsa quantitas reddatur in genere, non in specie eadem: Quantitatis nomine veniunt, *quae pondere, numero, mensura constare* dicuntur Paulo *d. L. 2. §. 1.*, ac Triboniano §. *1. h. t.*, quod non est idem ac pondus, numerum, mensuram habere, ita enim esset plane nihil, quod dari mutuo non posset; sed sic solo pondere, numero, mensurave sola communi hominum judicio aestimari, ut quantitas sola spectetur, non corpus, seu species; quo fit, ut licet non idem corpus, quod datum est, sed aliud *quandoque* (a) *ejusdem naturae, & qualitatis* reddatur, pondere tamen, numero, mensurave eadem; reddi idem ipsum videatur: sicque ea, quae numero, pondere, mensura constant, *functionem recipiunt in genere suo*, uti Paulus scribit *d. §. 1.*, quia eorum unum alterius vice fungitur in eodem numero, pondere, mensura.

Ta-

(a) *Male vulgo*, quoniam. *Bene Codices duo A. Augustini ex Albornotiana Bibliotheca, & omnes Contii habent*, quandoque, *h. e*, quandocumque, *ut in L. non enim 6. de tribut. act.*, *& L. res in dotem 42. de jur. dot. V. A. Augustinum Emend.* III., 7. *Jos. Nerium Analect.* I, 21., *& Pancirolum Var.* II, 282.

Talia sunt vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata, & quaecumque usu ipso consumuntur. In aliis, si corporalia sint, corpus ipsum ex communi hominum aestimatione spectamus, sive certum, ut in *Sticho*, sive incertum, ut in *homine*, vel, si sint incorporalia, jus ipsum; ut in *usufructu*. Mutui datione, ac proinde re obligatur, qui mutuum accipit: daturque mutuanti in eum, ut reddat, personalis actio, quae dicitur *condictio certi*, quaeque competit *ex omni caussa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur*, inquit Ulpianus *L. certi 9. pr. de reb. cred.*, ubi verba *ex omni obligatione* sunt Ulpiani Edictum eo loco interpretantis, ut non jure quidam Ulpianum tanquam verbosum accusent. Mutuo similis est solutio indebiti, §. *h. t.*; namque is, cui non debitum solvitur per errorem, re obligatur, *& quasi ex mutui datione, & eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus*, subaudi, ex caussa mutui, *L. si quis 5. §. 3. de O. & A.*: quod confirmat Tribonianus exemplo pupilli, qui ut condictione certi ex mutuo, ita condictione indebiti non tenetur, si non auctore tutore mutuum, atque indebitum accepit, nisi accipiendo locupletior sit factus, *L. pupillus 5. pr. de auct. tut. Eadem actione*, inquit Cajus *d. §. 3.*, non specie, sed genere eadem, uti scite Cujacius in eum locum; vere enim eo mutuum ab indebito distat, quod in mutuo res esse *fungibilis* debeat, in indebito etiam non *fungibilis* esse possit, *L. quod indebitum 7. de condict. indeb.* Hinc Vinnius non satis caussae videre se, scribit, cur solutionem indebiti Cujacius *promutuum* dicat *Obs. VIII, 34.* At Cujacius tamen non omnem indebiti solutionem *promutuum* vocat, sed si *ea solvantur, quorum dationem in creditum (b) itur*, h. e., quae numero, pondere, mensura constant. Quae multa mutuum cum promutuo communia habet, ea persequitur Cujacius *loc. cit.* Per errorem solvi est opus: at si vero quis sciens, se non debere, solvit, cessat repetitio, L. 1. §. 1. *de condict. indeb.*; nam cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est, L. 53. *de R. J.* De indebito redibit sermo in §. *6. tit.* 27., meoque in eum commentario postremam hujus §. particulam dabo.

§. II. Commodatum est, quum certa res *non fungibilis* datur alicui utenda gratis ad certum modum, ac tempus ea lege, ut finito usu in eadem specie reddatur. Mutuo dominium, commodato usus transfertur: in mutuo genus, in commodato species prorsus eadem redditur: atque haec, ne usu pereat, res esse *non fungibilis* debeat, *h. §.*, & *L. sed mihi 3. §. ult. D commod.* Ceterum Latini, qui non ex arte juris scripsere, & *minas*, & *tritici modios commodare* dixerunt. Plautus *Asin. III. 3., v. 135.* Cicero *in Ver. VI, 9.* Sicubi in jure commodantur pecuniae, aliave id genus, ibi *dicis gratia*, seu *ad pompam, ostentationemque* commodantur, *d. §. ult.*, & *L. 4. D. eod.* Locatione etiam utendum datur, sed gratuitus in comodato est usus, nam commodatum *beneficium* est, *L. in commodato 17. §. 3. eod. tit.* Denique qui commodat, modum commodati finemque praescribere arbitra-

tu

(b) *Creditum genus, mutuum crediti species*, L. 2. §. 3. *de reb. cred.* *At saepe in libris juris credere & in creditum ire de solo mutuo dicuntur*, L. 1. *pr.*, & L. 3. *de S. C. Maced.*, L. 2. §. 1.; *& passim C. de reb. cred.*

tu suo potest, at postquam id fecit, intempestive usum auferre prohibetur, *d.* L. 17. §. 3.: si quod vero *precibus petentis utendum conceditur, quamdiu is, qui concessit, patitur*, id precarium est, non commodatum, L. 1. *D. de precar.* Nascitur hinc commodati actio vel directa, quae commodanti datur, ut commodatarius finito tempore rem reddat, L. *rem mihi* 21. *D. commodat.*, vel contraria, quae commodatario competit, ne restituere compellatur ante diem, & necessario vel utiliter in rem impensum consequatur, & quidquid interest sua, puta, si damnum senserit, quod dominus rem vitiosam sciens commodavit, *d.* L. 18. §. 2. & 3. *D. eod.* Quid praestare commodatarius debeat, si res periit, deteriorve sit facta, proclive est intelligere ex iis, quae de casu, dolo, & culpa jam tradidi in *pr. tit.* 13. De culpa illud inculco, si utriusque contrahentis gratia commodata res sit, a commodatario levem tantum praestari, *d.* L. 18. *pr.*, si ejus dumtaxat gratia, qui accepit, hunc exactissimam diligentiam adhibere compelli, L. 1. §. 3. *de O. & A.*, sicque de culpa vel levissima teneri. Tribonianus a commodatario diligentiam *sane quidem exactam* nullo discerniculo reposcit, nec satis ei esse, inquit, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat rem custodire: quumque ea sit vis τοῦ *sane*, ut *sane exacta* valere haud inepte possit idem, quod *exactissima* (c), vides proposuisse eum sibi posteriorem casum, utpote frequentiorem.

§. III. Depositum ex eo dictum, *quod ponitur* inquit Ulpianus L. 1. *depos.* Sed praepositio *de* auget significationem, sonatque *valde*, uti Donatus in *Adelph. IV*, 6. Hinc *deperire* Festo est *valde perire*. Recte igitur subdit Ulpianus, depositi vocabulo significari, *totum fidei ejus* (depositarii) *commissum, quod ad custodiam rei pertinet*. Isidori, & Menagii origines ne moreris. Adscriptus Ulpiani locus probabilem facit conjecturam Scipionis Gentilis *Orig. ad Pand.*, depositum olim sola fide stetisse, ut fideicommissa, tum, quum fluxa fides esset, juris Civilis necessitate constrictum. Depositum est contractus, quo res mobilis datur custodienda gratis ea lege, ut eadem in specie quovis tempore reddatur, *h.* §. Primum igitur id habes depositarium non posse deposito uti, ac, si utatur, furtum facere, *L. si sacculum* 20. *D. eod.*: habes deinde, si quis pro custodia pretium recipiat, non depositarium esse, sed operae suae locatorem, *d.* L. 1. §. 8.: verum quin aliquid remunerationis nomine detur, nihil vetat, L. 2. §. 24. *de vi bon. rapt.*: demum habes, tantam esse depositi fidem, ut res arbitrio deponentis sine mora reddenda sit, etiamsi depositarius compensationem opponat, L. *ult. C. de compens.*, ac licet certum tempus adjectum sit, namque in gratiam deponentis adjectum censetur, L. 1. §. 45. *h. t.* Actio depositi directa ei, qui deposuit, datur, ut sibi deposita reddantur, utut praedoni: tanta depositi fides (d) est, nisi repetat dominus, cui tum ea restitui aequius est, L. bo-

(c) *Ita nihil est, cur vulgatae preferas lectionem Codicis Argentinensis & quorumdam Charondae, qui habent* exactissimam.

(d) *Ea fides fecit, ut depositum Juvenalis dixerit* sacrum *XIII*, 15. *Quo-*

L. bona fides 91. §. 1. *D. deposit.*: contraria autem depositario ad impensas etiam modicas, *L. actione* 23. *D. eod.*; quum contra in commodato modica impendia ad commodatarium pertineant, *L. in rebus* 18. §. 2. *D. commod.*: cujus discriminis ea ratio est, quod rei usum commodatarius habeat, non item depositarius Quod deposito sola deponentis utilitas agitur, ex eo solo depositarius tenetur, si quid dolo, latave culpa commiserit, *L. contractus* 23. *de R. J.*, & *h.* §., ubi recte Tribonianus eum ait, qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, suae id facilitati imputare debere. Depositarium jure naturae levem quoque culpam praestare, contendit Pufendorfius *de J. N. V*, 4. 7.

§. IV. Pignus est, quod debitor creditori suo tradit ea lege, ut soluto debito non deterius factum restituatur. Non *Praetorium* pignus, quod jussu judicis datur, *L. 1. C. de Praet. pign.*, sed quod partium conventione constituitur, & *conventionale* vulgo appellatur, proprium est hujus loci. Ex eo nascitur pignoratitia actio, vel directa, quae, ubi soluta pecunia est, aut quovis legitimo modo factum creditori satis, datur contra creditorem, ut hic pignus restituat, *L. si rem* 9. §. 3., & *L. debitor* 40. § 2. *de pign. act.*: vel contraria, quae creditori datur, si necessarias, utilesve impensas in pignus fecerit, vel si quid aliud ejus intersit, *L. si quasi* 3., *L. si necessarias* 8., & *L. tutor* 16. §. 1. *D. eod.* Erat olim *Fiducia*, quae eo distabat a pignore, quod hoc possessio tantum traditur creditori, illa res creditori mancipabatur, aut in jure cedebatur eo pacto, ut exsoluta pecunia res eadem debitori remanciparetur a creditore. Haec ex Isidoro *Orig. V*, 25., qui ea certe descripsit ex antiquis Jurisconsultis. Fiduciae mentio est apud Gajum *Inst. I*, 6. 3., & Paulum *Sent. II*, 13., sed in jure tamen Justinianeo nulla. Cur ita? Quia sublatae erant fiduciae Constitutione Constantini *L. ult. C. de pact. pign.*, inquit Cujacius in *Paul. d. tit.* 13. At vero Constantinus de lege commissoria pignorum loquitur, non de fiducia: atque hanc diu post eum Imperatorem stetisse, testimoniis docemur Ambrosii in *lib. de Tobia cap.* 12., Arcadii in *L.* 9. *C. Th. de infirm. his, quae sub tyran.*, ac Sidonii Apollinaris *lib.* 4.: quae eadem testimonia miror ab eodem Cujacio laudari. Vero propius est, fiducias sustulisse Justinianum, quum rerum mancipi, & nec mancipi, itemque dominii quiritarii, & bonitarii discrimina abrogavit *tit. C. de usuc. transform. & sublat. different. rer. manc.*, ac *tit. C. de nud. jur. Quirit. toll.* V. Gothofredum in *L. un. C. Th. de commissor. rescind.*, Salmas. *de mod. usur. cap.* 13., Noodt *Obs. II*, 7. & 8., & A. Schulting. in *Paul. cit. tit.*

TI-

Romani; eadem aliae gentes religione depositum servarunt. De Hebraeis v. Exod. XXII, 7., de Graecis Herodotum VI, 87. Christianos, ne depositum appellati abnegarent, sacramento se obstrinxisse, testis est Plinius Ep. X, 97.

TITULUS XV.

De Verborum Obligationibus.

PR. & §. I. Quae verbis contrahitur obligatio, *stipulationem* dicunt Jurisconsulti, definiuntque *verborum conceptionem, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, responderit, L. stipulationum* 5. §. 1. *de V. O.* Nisi igitur interrogatione (*a*), & responsione constet, nulla ejus vis est: ac videntur ita persuasum sibi habuisse Romani, illum, qui rogatus fidem obligat suam, multo firmiorem ejus liberandae animum prae se ferre, quam qui spondet non rogatus, atque adeo arctiore illum vinculo adstringi. Ad rem Plautinus Pseudolus I, 1. *v.* 112., *Roga me viginti minas, ut me effecturum tibi quod promisi, scias, Roga.* Jam stipulari proprie est interrogare: unde *interrogatio* pro stipulatione apud Senecam *de Benef. III*, 15. Sed is etiam, qui spondet, recte dicitur stipulari, L. *in bonae* 7. §. 1. *de eo, quod cert. loc.* Stipulationis duae sunt actiones, certi condictio si certa stipulatio sit, h. e., si quid certum contineat, L. *stipulationum* 74. §. 2. *eod.*, ex stipulatu autem, si incerta, *pr. h. t.*, & L. *si quis* 24. *de reb. cred.*: in cujus discriminis rationem inquirit hic Janus a Costa. Stipulationem *hoc nomine inde uti* (*b*), ait Tribonianus, *quod stipulum apud veteres firmum appellabatur.* Idem habet Paulus *Sen. V*, 7. *pr.*, quem locum laudat Isidorus *Orig. V*, 24. Ita in Glossis Nomicis *στιποῦλον firmum*. Igitur quam cofidenter Catellianus Cotta affirmavit, *stipulum* illo sensu Latinis nusquam dictum! Eam significationem sequior Latinitas habuit ratam. Exempla pete ex Cangii Glossario *v. stipulatio* (*c*). Nuda pacta subjectis stipulationibus firmata olim, dixi. Quibusvis etiam contractibus stipulationes ad robur accessisse, probant L. *duo* 71. *pro. soc.*, & L. *filiae* 88. *de solut.* Hinc Cujacius in L. 16. *de V. O.* stipulationem per-

(a) *Obligationes duas, quae nulla praecedente interrogatione, & nihilo tamen minus contrahi verbis dicebantur, Gajus proponit Inst. II*, 3, & 4., *alteram, quum dos* dicebatur*: idque aut mulieri, aut patri avoque paterno, aut jussu mulieris debitori ejus licebat, praeterea nemini: namque alii* promittebant *dotem, nec nisi rogati obligabantur: quorum verborum proprietatem non servasse Tribonianum; Cujacius docet Obs. XI*, 29.*: alteram, qua libertus patrono donum, munus, operasque se daturum jurabat: cujus sacramenti mentio est in L. ut jurisjurandi 7., & L. qui libertinus 37. de oper. libert. V. Oiselium, & Schultingium in Gajum loc. cit.*

(b) *Insolens loquutio, Hotomanus inquit, cujus tamen similis est apud Tullium pro Postumo cap.* 10., Id facere non poterat, nisi Dioecetes, (hoc enim nomine utitur) qui a Rege esset constitutus.

(c) *At Varro lib.* 4. *de L. L., & Festus v.* stipem *a* stipe, *seu aere: Isidorus Orig. IV*, 24., *& Scipio Gentilis Orig. ad Pandect. a* stipulis *derivant stipulationem. De utraque ista originatione judices adhibe Salmasium de usur. cap.* 6., *Oiselium in Caij Inst. II*, 9. 2., *Grotium in flor. spars. in h. t., & Ev. Ottonem Jurispr. Symbolic. I.*, 13.

perbelle vocat παράκτιον. Quod de suo admetitur Tribonianus, *stipulum* forte a *stipite* esse, id vix est ut consistat. V. Salmas. *de usur. cap. 6. p.* 127.

§. I. Olim conceptis verbis spondendum stipulanti erat: quo pertinet τό *verborum conceptio* in definitione stipulationis *d. L. 5. §. 1*. Quibus igitur verbis stipulator praeibat, eadem omnino ipsa referre promissor debebat. Talia fuisse Tribonianus ait, *Spondes? Spondeo, Promittis? promitto, Dabis? Dabo*. In eundem modum interpretare *jurisjurandi conceptionem* in *L. jusjurandum 33. §. 5. & 8. de jurejur.*, ac *dictata sacramenta* apud Silium Italicum *lib. 10.*, tibique exemplum suppetit e Plauti *Rudente V*, 2. *v.* 47. *Gr. Per Venerem hanc jurandum est tibi*. La. *Quid jurem?* Gr. *Quod jubeo*. La. *Praei verbis, quid vis*. Verba ista erant olim Latina, quae enim propria sunt juris Civilis, ut stipulatio, ea nonnisi Latine expediuntur: quum vero invaluisset Romae, ut omnibus contractibus juris gentium stipulatio accederet, quumque prolatis Imperii finibus Romani cum peregrinis gentibus agere coepissent, ipsa commerciorum ratio postulavit, ut verbis sive Latinis, sive Graecis, sive aliis quibuslibet facta stipulatio valeret, modo alter alterius linguam aut ipse calleret, aut per interpretem nosset, *h. §.*, & *L. 1. §. ult. h. t.* Tandem conceptas, sollennesque stipulationum formulas Leoniana (d) sustulit Constitutio in *L. 10. C. de contrah. stip.*, non item interrogationem; ac responsionem. V. Hieronymum in *Jerem. cap.* 32.

§. II. *usque ad* VI. Stipulatio aut pure fit, aut in diem, aut sub conditione: pure, h. e., sine die, & conditione, veluti, *Quinque aureos dare spondes?* in diem, quum dies adjicitur solutionis, veluti *Kalendis Martiis dare spondes?* sub conditione, quum in aliquem casum differtur obligatio, veluti, *Dabis, si Titius factus*, aut *non factus fuerit Consul? §. 2.*, & *h. t.* Stipulatio illa, *Decem usque ad Kalendas Martias*, aut *Decem annuos, quod viam, dare spondes?* licet diem habeat adjectum, tamen quia non est adjectus, ut eo solvatur, pura est, & perpetua, ejusque actio ad heredes transit, quum deberi nequeat ad tempus, quod inter legitimos tollendae obligationis modos non est, *§. 3. h. t.*, *L. obligationum 44. §. de O. & A.*, ac *tot. tit. quib. mod. toll. obl. h. lib. 3.* Verum qui post Kalendas, aut stipulatoris obitum agit, pacti conventi, vel doli mali exceptione submovetur, *d. §. 3.*, ac *d. L. 44.*, namque id egisse stipulatorem, patet, ne quis peteret post illud tempus, *L. eum, qui 56. §. 4. h. t.* Secus est in legato annuo, quod morte legatarii jure ipso finitur, *L. quum in singulos 11. de ann. leg.*: cujus differentiae quum multiplex est ratio, de qua confer *d. lib. 11.*, *L. si filiusfam. 78. de V. O.*, *L. nec adjecit 9. D. pro soc.*, & *L. si pactum 9. de probat.*, tum ea est omnium potissima, quod stipulatio annua una sit, & semper pura, *L. si Sthicum 16. §. 1.*; legatum vero annuum multiplex, & primi anni jam coepti purum, sequentium autem annorum legatis ea insit conditio, si legatarius vivat, *L. 4. de ann. leg.* Purae stipulationis effectus est, ut in eam deductum *praesenti die*, h. e., uti Tribonianus inquit *d. §. 2.*, *confestim* debeatur, *L. eum, qui 41. §. 1. h. t.*; in pura enim stipulatione *statim cedit, & venit dies*, *L. cedere 213. de V. S.* Ce dere dies dicitur,

(d) *Vulgo* Leonina.

citur, quum primum nascitur obligatio; seu, *quum incipit deberi*: venire autem dicitur dies, *quo pecunia peti potest*, subaudi, cum effectu, *d. L.* 213. *Te confestim* est *eum aliquo temperamento temporis* intelligendum, *nec enim cum sacco adire debet*, ut in re simili Paulus ajebat, *L. quod dicimus* 105. *de solut.*: & pro quantitatis modo, ac personarum ratione aliquod a judice tempus dari, est aequum, arg. *L. in fraudem* 45. 10. *de jur fisci*, maxime quum Lex reo, qui invitus solvit, modicum aliquod post condemnationem tempus indulgeat, *L. si debitori* 21. *de jud.* Stipulatione in diem facta, statim cedit dies, unde & agi eo nomine statim potest, nullo tamen effectu, nisi & venerit dies, & vero etiam nisi omnino praeterierit novissimus dies, qui totus arbitrio datur solventis, quum antequam transierit, dici nequeat, eo die non datum, *d.* §. 2., & *d. L.* 213 Quandoque dies tacite inest, inserto stipulationi loco, veluti, si quis Romae stipuletur *sibi Carthagini (e) dari*; haec enim stipulatio tacite tempus complectitur, quo perveniri Carthaginem potest, §. 6. *h. t.*, *L.* 2. §. 6. *de eo, quod cert. loc.*, & *L. interdum* 73. *h. t.*: moderandum est autem tempus *boni viri*, h. e. judicis arbitratu pro variis rerum, locorum, personarumque adjunctis: in qua re explicanda sane multus est Venulejus *L. continuus* 137. §. 2. *h. t.* Si quis vero ita Romae stipulatur, *Hodie Carthagini dare spondes?* inutilis erit stipulatio, quum impossibilis sit repromissio, *d.* §. 5.; & *L.* 2. §. 6., nisi *ante aliquod tempus suo quisque dispensatori* (servo dominicae rationis curatori) *notum fecerit, in eum diem futuram stipulationem, ac demandasset promissor quidem suo dispensatori, ut daret, stipulator autem suo, ut acciperet*; *L. si servus* 141. §. 4. *h. t.*: quo facto valere stipulationem, Gajus inquit *d.* §. 4. Dies debet esse certus, puta, talis, ut omnino sit exiturus, licet quando sit exiturus, incertum sit, ut in ea stipulatione, *Dabis quum moriar*, aut *quum morieris?* quam in diem esse, non sub conditione, inde patet, quod per errorem solutum ante diem mortis repeti nequeat; nam vere debebatur, *L. nam si* 17. *de condict. indeb.*: quum tamen sub conditione debitum per errorem solutum, repeti pendente conditione semper possit, *L.* 16. *D. eod.* Dies incertus, puta, de quo num sit venturus, ambigitur, conditionem facit, ut in ea stipulatione, *Dabis, quum Seja in familiam nupserit?* aut in ea, *Dabis, quum Titius pubes erit?* *L. si dies* 21. *& seq.* D. *quand. dies leg.* In adscriptis exemplis vides, *in aliquem casum differri obligationem*: quae propria vis est conditionis, §. 4. *h. t.*: sicque, dum ea pendet, nec venire diem, nec cedere, *d. L.* 213. Atque hoc est, quod ait Tribonianus, *si quid factum fuerit, vel non fuerit, committi stipulationem*, i. e., ejus existere conditionem, ut agi ex ea tandem possit: id enim *committi stipulationem*, in jure est, *L. ita stipulatus* 115. §. 1., & 3., ac *L. qui*

(e) *Nonnulli Institutionum Codices habent* Carthagini, *sed A. Contius ex fide MSS. mavult* Carthagine. *Utrumque bene habet. Veteres* Carthagine & Carthagini, Lacedaemone & Lacedaemoni, Vespere & Vesperi, Luce & Luci *sexto casu dicebant: quin ista olim frequentius exibant in* i. *V. Diomedem lib.* 1., *Priscian. lib.* 15., *Voss. de Analog. II.* 12., *ac de Art. Gram. VII.* 46.

qui Romae 122. §. 4. *h. t.*: quo sensu *committi hereditatem*, & *hypothecas* memini me apud Tullium legisse. Omnis igitur conditio futurum spectat, L. *itaque* 39. *de reb. cred.* Stipulationes illae *sanum esse*, *vispellionem* (f) *non esse*, utiles sunt, licet in praesens tempus conceptae; sed continent tamen illae *quod interest*, *horum quid esse*, *vel horum quid non esse*, cujus exequutio in futurum confertur, L. *si ita* 31. *de evict.* Talis est etiam stipulatio, *illum sistas* apud Ulpianum in L. *stipulatio* 37. §. 24. *h. t.* In ea vero, *dolum malum abesse*, *absuturumque esse* apud eundem Ulp. §. 13., duo illa *abesse*, & *absuturum* tanti sunt, quanti solum *absuturum*: ac duo illa ad augendam orationis vim conjunguntur, ut in definitione tutelae *vis*, *ac potestas*. Et Paulus quidem in L. *eadem* 4. *pr. h. t.* praesenti tantum verbo utitur, , *Si dolum abesse stipulatus sit*. Fit interdum, ut conditio vel praeteritum tempus spectet, vel praesens, sed tunc tamen ea *figuram conditionis* habet, *non vim*, uti Proculus loquitur in L. *Cornelius* 69. *de her. inst.*, & *infirmat obligationem*, *aut omnino non differt*, §. 6. *h. t.*, veluti, *si Titius consul fuit*, vel, *si Maevius vivit*, *dare spondes?* nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin ita se habent, statim valet, quum quae *per rerum naturam sunt certa*, *non morentur obligationem*, *licet apud nos incerta sint*, *d.* §. 6. Nunc quis non labi Hotomanum dicat opinantem, eas stipulationes in diem concipi, puta, in eum, quo certum esse poterit, rem ita esse, uti est in stipulatum deducta? Eas *omnino non differre obligationem*, inquit Tribonianus: quod nonnisi de puris stipulationibus recte dicitur. Jam vero conditio est aut fortuita, quae a solo casu pendet, veluti *si Titius factus fuerit Consul*, aut *arbitraria*, barbaris *potestativa*, quae in rei arbitrio posita est, veluti, *si Alexandriam ieris*, vel *mixta*, veluti, *si nupseris Gajo*. De arbitraria id moneo, si aperte in rei arbitrium conferatur, inutilem facere stipulationem, veluti, *Centum si volueris*, *dare spondes?* L. *centesimis* 46. §. *ult. h. t.* Rursus conditio vel ait, vel negat. De negante sic habe. Ea si arbitraria sit, veluti, *si in Capitolium non adscendero*, *si in Capitolium non adscenderis* (g), mortuo demum reo stipulandi, aut reo promittendi committitur, quia tunc demum esse certum coepit, alterutrum adscendere in Capitolium non posse, L. *ita stipulatus* 115. §. 1. *h. t.* Itaque heredi, vel in heredem actio datur. Idem jus est, quum quis ita stipulatur, *Spondes*, *si intra biennium in Capitolium non adscenderis?* nam nonnisi praeterito biennio recte petet, L. *quidquid* 99. §. 1. *h. t.* Quod vere ultimas voluntates aequius interpretamur, si eis apposita sit conditio *in non faciendo concepta*, heres, legatariusve statim petendi jus habet praestita cautione, quae ab ejus auctore Q. Mucio *Muciana* dicitur, *se non factuurum quod facere prohibitus est*, L. 7. *de cond.* & *dem.* Quid si in non dan-

(f) *In hunc locum v. Dionysium Gothofred.*

(g) *Conditio*, si in Capitolium adscenderis, *quam saepe occurrit in libris juris! Exempla a frequentioribus capere, Jurisconsultorum mos fuit: & frequentissimum vero erat, ut Romani vel precaturi, vel vota exsoluturi, vel sacris operam daturi Capitolium scanderent. V. Duarenum Disp.* I, 15.

dando concepta conditio sit? Interest, num stipulatio a conditione incipiat, veluti, *Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?* an ab alia pactione, veluti, *Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?* Priore casu non ante committitur stipulatio, quam desiit posse Pamphilus dari: posteriore agi, postquam homo potuit dari, confestim potest, ac tamdiu agi nequit, quamdiu per promissorem non stetit, quominus daret, *d.* L. 115. §. 2. Ex conditionali stipulatione spem tantum esse, debitum nobis iri, ait Tribonianus *d.* §. 4., (spes ea facit, ut stipulator pendente adhuc conditione creditor dicatur, L. *is cui* 42. *de O. & A.*, & L. *creditores* 10. *de V. S.*) eamque ipsam spem, si quid intera nobis humanitus contingat, transmittere ad heredem. E contrario si pendente conditione promissor moriatur, heredem relinquere obligatum, scribit Julianus in L. *si quis* 57. *h. t.* At legati conditionalis spem legatarius ante conditionem defunctus ad heredem non transfert, L. 4. & 5. §. 2. *quando dies leg.*; contrahendo enim non nobis solum, sed & heredibus nostris cavemus, etiamsi heredum mentio non fiat, L. *si pactum* 9. *de probat.*: legando autem spectamus ipsam legatarii personam, ob cujus meritum legamus, L. *nec adjecit* 9. *D. pro soc.* V. Borcholten hic.

§. VII. Denique stipulationes vel *in dando*, vel *in faciendo* consistunt, L. 2. *pr. h. t.*: quibus verbis continentur etiam *non dare*, vel *non facere*, L. *ubi autem* 75. §. 7. *eod.* At quo spectant stipulationes illae, *dolum abesse, sanum esse, furem non esse?* In dando consistunt, eisque tacite res inest, puta, obligatio ejus, quod interest, praestandi, *d.* L. 31. *de evict.* Si stipulatio factum continet, non ante agi ex ea caussa potest, quam praeterierit tempus, quo res poterat fieri, nec fidejussores dari ante diem tenentur, L. *si ita* 14. *h. t.*; eo autem tempore exacto, si nihil fuerit factum, *dari pecuniam oportere*: sicque *justa aestimatione* (b) *facti dandam esse petitionem*, tradit Ulpianus in L. *stipulationes* 72. *h. t.* Addit Paulus in L. *si insulam* 84. *eod.*, quamdiu stipulator litem contestatus non sit, posse promissorem faciendo liberari, at contestata jam lite, nihil ei prodesse, si faciat. Quoniam vero ejus, quod interest, seu ejus, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, L. *si commissa* 13. *rem rat. hab.*) tamquam incerti, difficilis aestimatio, ac probatio est, L. *ult. si quis in jus voc.*, & plerumque illud *ad exiguam summam reducitur*, L. *ult. de praet. stip.*; scite nos monet Tribonianus §. 7. *h. t.*, ut si quid fieri, aut non fieri stipulemur, poenam subjiciamus, veluti, *Si ita factum non erit*, aut, *si adversus ea factum erit, decem poenae nomine dare spondes?* In eum modum Callidorus a Pseudolo stipulatur apud Plautum *Pseud.* I, 1.

II-

(b) *Vulg.* juxta aestimationem.

TITULUS XVI.

De duobus reis stipulandi, & promittendi.

PR. TIT. Reus est non is solum, unde petitur, sed etiam, qui agit: Pomponius in *L. stipulationum 5. pr. de V. O.* Festus v. *reus*. Et Latinos quidem ita loquutos, testatur Cicero *de Orat.* II, 45., ut *reos* dixerunt *omnes, quorum de re disceptaretur*. Hinc *reus promittendi*, ac *reus stipulandi h. t.* Interdum duos pluresve fieri reos stipulandi, scribit *pr. h. t.* Tribonianus, quum duobus pluribusve idem ab eodem in solidum separatim stipulantibus ea mente, ut solidum singulis, unum tamen omnibus debeatur, post omnium interrogationem promissor respondet, *spondeo*; nam si primum uni spoponderit, deinde alteri interroganti spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec plures erunt rei stipulandi: duos autem pluresve promittendi reos fieri, si cui interroganti, *Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?* respondeant singuli separatim, *spondeo*: ut intelligere inde possis, reos promittendi esse, quorum singuli idem eidem stipulanti in solidum *promittunt ea mente*, ut solidum singuli, unum tamen omnes debeant. Faciunt huc *L. quum duo 2., L. in duobus 2. §. de duob. reis*, & §. 1. *h. t.*

§. I. Illiusmodi obligationum effectus duo sunt, alter solidum singulis itemque a singulis deberi: alter, sive unus reorum stipulandi debitum accipiat, sive unus reorum promittendi solvat, (solvendi verbum latissime accipitur, *L. 1. h. t.*, L. 27. & 28. *de jurejur.*, & L. 31. §. 1. *de novat.*) omnium perimi obligationem, omnesque liberari §. 1. *h. t.*, *d.* L. 2. ac L. 3. §. 1. *eod. tit.* Ex dictis conficitur, duos pluresve constitui reos debendi solo intellectu, h. e., quamvis non sit adjectum, singulos de solido teneri. Num id fuerit a Justiniano abrogatum *Nov. 99.*, cujus particula est *Auth. hoc ita C. de duob. reis*, in quaestionem venit. Affirmant veteres ferme omnes; atque e recentioribus Cujacius in *d. Nov.*, in *Parat.* C. *h. t.*, & *Obs.* XXVI, 26., Janus a Costa, ac Borcholten hic, Kittershusius in *Nov.* III., 6., aliique nonnulli, ex quorum sententia Novellae summa huc redit. Si quid a duobus, pluribusve correis promittatur nullo interveniente pacto de solido a singulis solvendo, *omnes obligationem sustinebunt ex aequo*, h. e., singuli pro virili tantum parte tenebuntur: eo autem pacto interveniente, interest, num omnes praesentes sint, & solvendo, an non: si prius, rursus interest, num conventus dividendae actionis exceptionem opponat; nec ne: exceptione opposita, in virilem damnabitur, non opposita, in solidum; si posterius, aut omnino solidum dabit, aut id saltem, quod praestare alii sive absentes, sive indigentes non possunt. Contra idem Cujacius *not. pr. in h. t.*, Donellus in *d. Auth.*, Balduinus in suo *Justin. p. m.* 463., ac plerique recentiorum stare hactenus docent generale jus vetus de duobus reis debendi, eaque Novella abrogari tantum *L. reos 11. h. t.*, quae est de duobus reis, qui vice mutua fidejusserunt. Et vero Graece ita inscribitur Novella Περὶ ἀλληλεγγύων, quod male vetus interpres vertit,

De

De duobus reis promittendi, recte Haloander, *De duobus reis, qui mutua vice fidejussores accepti sunt*. Et vero ipse antiquus interpres *cap.* 1. eos reos vocat *alterna fidejussione obligatos*. Balduinus, qui ἀλληλεγγύως interpretatur fidejussores duplici modo obligatos, puta, pro uno aliquo reo debendi, & rursus invicem alterum pro altero, (quod jus non vetat, *L.* 8. *§. ult. de fidejuss*) Graeci illius vocabuli significationem plus aequo videtur coangustasse. Posterior haec opinio propior vero est, sed prior illa tamen receptior in foro.

§. II. Ex duobus autem reis promittendi alter pure, alter in diem, vel sub conditione obligari potest: neque impedimento erit dies, vel conditio, quominus ab eo, qui pure obligatus est, petatur, *h.* 5., & *L.* 7. *ff. h. t.*, ad constituendos enim conreos rem esse unam necesse est, omnino talem esse, nihil est opus. At enim Papinianus in *L. eandem* 9. §. 1. *h. t.*, *Si quis*; ait, *in deponendo penes duos paciscatur, ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est, non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio*. Verum, ut rectissime Joh. Faber, licet impar initio sit obligatio, quae in uno pura est, in altero in diem, aut conditionalis; tamen adveniente die; aut conditio par erit in utroque: ubi vero culpam praestat unus, non item alter, obligatio semper est impar. Id ego tandem hic moneo, quod in *d. l.* 9. *pr.* Papinianus inquit, non tantum verbis stipulationis, sed & ceteris contractibus, quin & testamento duos pluresve fieri reos debendi. V. omnino Cujac. in *d. L. ex lib.* 27. *Quaest. Papin.*

TITULUS XVII.

De stipulatione servorum.

PR. XIV. §. I. & II. Quemadmodum servus ex persona domini jus capiendi ex testamento habet, *L. non minus* 31. *de her. inst.*, ita & jus stipulandi etiam extra caussam peculiarem. *L. D. h. tit.*; ecquo enim modo stipulatio, quae juris Civilis est, consistat in persona servorum, qui licet jure naturali sint homines, unde naturaliter obligantur, *L. servi* 14. *de O. & A.*, quod tamen attinet ad jus Civile, pro nullis habentur? *L. quod attinet* 32. *de R. J.* At promittere servus nequit nisi ex caussa peculiari, ne per eum domini conditio deterior fiat, *L. servus* 19. *de fidejus.*, *L. melior* 133. *de R. J.*, nec nisi per jocum spondet Callidoro Pseudolus apud Plautum *Pseud. I*, 1. Jacente etiam hereditate servus hereditarius & heredi futuro, & hereditati recte stipulatur, *L. servus* 35. *D. h. t.*, modo conjunctim utrique stipuletur: ceterum futuro heredi nominatim dari stipulatus nihil agit, *L. servus* 16. *eod.*, quia stipulationis tempore, quod in stipulationibus spectatur, *L. usufructus* 26. *eod. tit.*, heres dominus ejus non fuit, *d. L. servus* 16. Adquirit autem hereditarius servus hereditati, eaque demum adita heredi; hanc enim habere conditionem hujusmodi stipulatio videtur, si adeatur hereditas, *L. interdum* 73. §. 1. *de V. O.*: & hoc quoque casu stipulatur is ex persona domini, cujus vicem plerumque sulli-

sustinet hereditas, L. 61. *de adqror. dom.* Igitur servus stipulando semper adquirit domino, sive ei, sive sibi, sive conservo, sive etiam ἁπλῶς dari stipuletur, §. 1. *h. t.*, *d. L.* 1. *pr.* & §. 3., ac *L. sive* 15. *h. t.*: quodqu de servo, idem de filiofam. jus est, *L. stipulatio* 38. §. 6., & 17., ac *L. quodcunque* 35. *pr.* & §. *ult. de V. O.* Verum quoniam quae facti sunt, non transeunt ad dominum, *L. qui heredi* 44. *pr. de cond. & dem.*, servus in suam personam utiliter concipit stipulationem facti, ut *sibi ire agere licere*, §. 2. *h. t.*, ac *d. L.* 38. §. 6., quumque in ea stipulatione non jus versetur, sed factum, *d.* §. 6., quod utpote naturale personae ejus cohaeret, cui adjectum est, *L. si statulibera* 6. §. *ult. de statulib.*, ipse servus ire agere potest, non etiam dominus ejus, *d.* §. 2. Quod vero Pomponius inquit in *L. si communis* 17. *h. t.*, servo viam, vel iter, actumve stipulante, domino adquiri, sic accipe, ut *jus*, seu *servitus* ipsa transeat ad dominum, at nudum tamen *factum* in servo consistat. Verba ipsa differentiam produnt: *Ire*, *Agere* factum: *Iter*, *Actus*, *Via* jus denotant: & vere ab Accursio scriptum, aliud esse *verbis*, aliud *nominibus* concipere stipulationem. Sive autem jus, sive factum in stipulatione vertatur, ea semper ex persona domini vim habet, uti rectissime Bachovius in *h.* §.

§. III. Quod si stipuletur servus communis, puta, qui *sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore*, uti Julianus loquitur *L. servus* 5. *h. t.*; & is ita stipuletur, *Dominis meis dare spondes?* pro ea parte debetur eis, qua domini sunt: si ita, *Lucio Titio, & Gajo Sejo?* aut *Lucio Titio, & Gajo Sejo dominis meis?* viriles debentur, *L. si communis* 37. *h. t.*, nam personarum enumeratio personas exaequat, *L. si heredes* 124. *de leg.* 1. Jam verba illa Pomponii in *d. L.* 37., *quum prius ad nomina decursum sit*, quae ratio est, cur ex ea stipulatione, *Titio ac Sejo dominis meis* &c. viriles debeantur; argumento esse possunt, si commune nomen *dominis* praeeat, jus aliud futurum. Sed uni solidum servus adquirit, si aut jussu unius, aut ex re unius (a), aut nominatim uni, aut demum id stipulatur, quod uni tantum potest adquiri, veluti, si Titii & Maevii servus hominem stipuletur, qui Titii erat, §. 3. *h. t.*, *L. item si* 9., & *L. si alienus* 19. *D. h. t.*

TITULUS XVIII.

De divisione stipulationum:

PR. Tit. Stipulationum aliae Judiciales sunt, aliae Praetoriae, aliae Conventionales, aliae Communes, h. e., tam Praetoriae, quam Judiciales, *pr. h. t.*, & *L.* 5. *de V. O.* Romae olim alius erat pedaneus (a) Ju-

(a) *Confer Scaevolae textum in L.* 19. *cum textu Gaii in L.* 28. §. 1. *h. t.*

(a) Pedaneos pro pedariis a plerisque *suo aevo* barbare dici, *animad-*

Judex, alius Praetor. Hic erat Magistratus, ac proprie *jus dicebat*: ille proprie *judicabat*, quamvis & ipse Praetor judicaret quandoque: unde illud XII. Tab., *Qui judicet, judicarive jubeat, Praetor est*. Uberius ista enarravi *Inst. Canonic.* III, 2.

§. I. Judiciales sunt, *quae a mero Judicis officio proficiscuntur*, *h.* §., & *d.* L. 5. *pr.* Merum Latinis est *solum*, ut ex Varrone Nonius in *Assa*: quo sensu *spem meram* Terentius *Phorm.* I, 2. 96., & χόλον ἄκρατον, *meram bilem* dixit Cicero *Ep. fam.* XIV, 7. Judicialium exempla duo proponit ex *d.* L. 5., & L. *a bonae* 21. *de R. V.* Tribonianus, cautionem *de dolo*, & cautionem *de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio*. Utramque cautionem luculentissime exponit Theophilus in hunc modum. Si qui ex stipulatu agit cum eo, qui servum debet, jure veretur, ne reus caussae diffidens det servo mox restituendo venenum, quo servus jam restitutus enecetur, reum in restituendo servo cavere per Judicem coget, nihil se dolo malo fecisse, quo servus deterior fieret. Alia ejusdem cautionis exempla sunt in L. *metum* 9. §. 5., & 7., L. *quod met. caus.*, & L. *praeterea* 20., L. *si homo* 45. *de R. V.* Porro si cum eo agam, qui servum meum bona fide emit, & quoniam litis contestatione non interrumpitur jure Civili usucapio, *L. Julianus* 17. *in fin.*, & *L.* 18., ac 21. *de. R. V.*, inter judicii moras usucepit, tum sine ejus dolo fugerit servus, ac tandem me servi dominum esse constiterit; quod reum non conscium fugae damnari, iniquum est, absurdum vero, nullum victoriae meae fructum constare, reus a Judice compelletur cavere, persequuturum se servum, qui in fuga est, atque a possessore vindicaturum, (namque usucapio jam dominium adjecit) eumque mihi, aut aestimationem ejus restituturum. Non dum autem usucapto servo, ea cautione nihil est opus, quum servi a quovis possessore vindicandi jus mihi potestasque sit. Haec Theophilus ex *d.* L. 21., in quam aliquid commentatur Cujacius *Obs.* XXVII.

madversum a Gellio est Noct. III, 18. *At vero* pedaneos *dixere Ulpianus* L. 3. §. 1. *ne quis eum, qui in jus voc.*, & L. 4. *de tut. dat.*, *ac Paulus* L. 38. §. 10. *de poen.*, *quos barbare loquutos, dixerit nemo. Num Gellii, qui eo loco de Senatoribus agit, ea sententia est, Senatores quidem barbare dici pedaneos, non item Judices? Id non longe abest a specie veri; apud probos enim latinitatis auctores* pedarius & pedaneus *eo discrimine usurpantur, ut* pedaneus *Judicis*, pedarius *epitheton sit Senatoris. Pedanei Judices dicti, non quod humiliora negotia disceptarent, uti ex* L. 5. *C. de pedan. judic. contendit Vultejus Jurispr. R.* II; 1., *namque primum ab Imperatoribus data eis humiliora, antea dabantur etiam summa, & nihilo tamen minus pedanei appellabantur: nec quod in subselliis sederent, quae nonnullorum sententia est; Tribunos enim, Triumviros, Quaestores, & ejuscemodi minora judicia exercentes in subselliis, non in sellis curulibus, ac Tribunalibus consedisse, auctor est Paedianus in Divinat. cap.* 15., *nec dicebantur tamen pedanei; sed vel quod stantes judicarent, unde* ad stantem judicem dicere *apud Tullium in Brut. cap.* 84., *vel quod ad imam Tribunalis partem, ac veluti ad ejus pedes adsiderent, fortasse, ut praesto essent Praetori, qui eos dabat. V. Paganinum Gaudent. Juridic. exposit.* 1, 22. & 23.

XXVII, 28. Simile exemplum extat in L. *servo legato* 69. §. *ult. de leg.* 1., quam illustrat Borcholten hic: extantque & alia in L. *item si* 14. §. 11. *quod. met. caus.*, L. *& puto* 16., & L. *heredes* 25. §. 10. *fam. ercisc.*

§. II. Praetoriae sunt, quae *a mero Praetoris officio proficiscuntur*, ut stipulatio *damni infecti*, & stipulatio *legatorum*. Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur, L. 2. *dam. inf.* Igitur si forte metuat vicinus, ne vicini domus ruat, apud Pretorem stipulatur, damnum, quod ex ruina contigerit, praestari, L. *Praetor ait* 7., & passim *D. eod.* Stipulatio legatorum est, qua heres legatariis ac fideicommissariis stipulantibus cavet, ea quae sunt sub conditione, vel in diem relicta, conditione, vel die existente exsoluturum, L. 1., & passim *ff. ut leg. caus. cav.* Dat alia Pretoriarum stipulationum exempla Vlpianus L. 1. *de stip. Praet.* Certas earum fuisse formulas Edicto propositas, indicium faciunt L. *in conventionalibus* 52. *de V. O.*, & L. *in Praetoriis* 9. *de stip. Praet.* Prostat apud Cujacium *Obs. X*, 29. formula stipulationis Pretoriae *judicatum solvi*, ad cujus exemplum alias tute finge. Praetorias stipulationes ita exaudiri oportere, suddit Tribonianus, *ut in his contineantur etiam Ædilitiae, nam & hae a jurisdictione veniunt*. In libris Accursianis est *a jurisdictione Praetoris*, quam lectionem tuetur Contius *subcesf. Lect. II*, 19. Sed rectius τὸ *Praetoris* expunges tanquam glossema, quum quia a Pomponio in *d.* L. 5., ac Theophilo abest, tum quoniam alia Ædilis, alia est jurisdictio Praetoris. Et mihi conjectare sic placet, scripsisse Tribonianum *ἀπλῶς a jurisdictione*, ut stipulationes sive Praetorias, sive Ædilitias secerneret a judicialibus, hae namque ab officio Judicis, qui notionem habet, non jurisdictionem, illae ab officio jus dicentis, seu a jurisdictione, licet non eadem, proficiscuntur. At quid illud est, Ædilitias in Praetoriis *contineri*? Num id sonat, eas esse Praetoriarum similes, uti Cujacius scribit in *d.* L. 5.? Non videtur recte dici in re contineri, quod simile est rei. Praestat opinari, Tribonianum ideo sic loquutum, quod Julianus, quum composuit Edictum perpetuum, in illud inseruit Ædilitium quoque. Subtilius, latiusque haec edisserit J. a Costa in *h.* §. Ædilitiis stipulationibus de vitiis, & evictione venalium rerum, ac plerumque de sanitate pecoris venalis cavebatur: quo refer illud Varronis *de emt. caprar. lib.* 2. *Capras sanas sanus nemo promittit, nunquam enim sine febri sunt:* itemque illud ejusdem, *Illosce juvencos sanos recte, deque pecore sano esse spondes? Illasce oves sanas recte esse, ut pecus ovillum, quod recte sanum est, spondes?* Τὸ *recte sanum* tanquam solenne verbum usurparunt Romani, retinuitque Javolenus in L. *qui tertiana* 53. *de Ædilit. edict.* Cujac. *Obs.* IX, 3.

§. III. Conventionales sunt, quae nec Judicis, nec Praetoris jussu concipiuntur, sed ex reorum, seu utriusque partis conventione, *h.* §., & *d.* L. 5.: quo fit, ut quemadmodum Praetoriae de mente Praetoris, ita conventionales de mente contrahentium legem accipiant, L. *in conventionalibus* 52. *de V. O.*, L. 1. §. 10., & L. 9. *de stip. Praet.* Sunt autem earum genera totidem, quot, pene dixerim, rerum contrahendarum, *h.* §., & *d.* L. 5., nam vix ullum Romae negotium recte geri videbatur, quod non subjecta stipulatione gereretur. V. dicta in *pr. tit.* 15.

§. IV. Communes sunt, quae, neque apud Judicem solum, neque apud solum Praetorem, sed modo apud unum, modo apud alterum interponuntur, *h.* §., & *d.* L. 5. Communis est stipulatio, *rem pupilli salvam fore*, quae & si Praetoria dicatur Vlpiano in L. 1. §. 2. *de stip. Praet.*, tamen interdum Judicis officio interponitur. Sane ni velit tutor cavere, pignoribus captis coercetur, *pr.* & §. *pen. de satisd. tut. lib.* 1., quod proprium Preatoris est. Sed pone, debitorem pupillarem a tutore conventum contestata jam lite, & inter judicii moras resciviſſe, non satisdatum a tutore, eoque nomine excipere in judicio: hoc casu Judex cavere tutorem jubebit; quae enim propria sunt jurisdictionis, ea si in judicium incidant, Judicis etiam propria fiunt, L. 1. C. *de ord. judic.* Atque hic est sensus verborum Triboniani *h.* §., *Nam & Praetor jubet rem salvam fore pupillo caveri, & interdum Judex, si aliter haec res* (nempe judicium) *expediri non potest*. Communis quoque est stipulatio *de rato*, quam ante contestatam litem Praetor exigit a procuratore actoris, si de mandato ambigatur, L. 1. C. *de proc.*, unde & Praetoriis accensetur in *d.* L. 1. §. 2. *de stip. Praet.*; tamen si contestata jam lite dubitatio suboriatur, ad Judicis quoque officium pertinet *arg. d.* L. 1. C. Et vero Magistratus erant, quae contestationem litis praeibant, cetera spectabant ad Judicem datum, L. *Ædiles* 25. §. 8. *de Ædil. edict.* Cujac. *Obs. XV*, 10. Dicam de hac re in *pr. tit. de act. lib.* 4.

TITULUS XIX.

De inutilibus stipulationibus.

PR. Tit. §. I. II. XXII. & XXIV. Stipulationes facit inutiles aut res, aut persona, aut mens contrahentium, aut conceptio ipsa verborum. De rebus sic habe, eas tantum venire in stipulatum posse, quae usui dominioque hominum subjiciuntur, sive mobiles sint, sive soli, *pr. h. t.*, & L. *inter* 83. §. 5. *de V. O.* Inutilis est igitur stipulatio rei, quae non est, ut hominis mortui, qui vivus putatur, excepta duplici specie apud Paulum in L. *eum, qui* 30. *de jurejur.*, ac *d.* L. 83. §. 7.: quamve aut natura non patitur, ut *hippocentauri* (*a*), aut jus, ut rei turpis, §. 1. & 24. *h. t.*, L. *si stipulor* 35. *pr.* & §. 1. *de V. O.*: queve demum in commercio non est, ut rei sacrae, religiosae, publicae, hominis liberi, reique nostrae, si eam nobis dari stipulemur, §. 2. *h. t.*, & *d.* L. 83. §. 5. Et, quod facit ad rem nostram, stipulatio *dari* id continet, ut dominium transferatur, L. *ubi* 75. §. *ult. de V. O.*: quod autem nostrum est, fieri nostrum amplius non potest, §. 14. *de act. lib.* 4. Jam stipulationes istae adeo non valent, ut nec debeatur aestimatio, nec poena committatur, L. *quum servus* 39. §. *ult de leg.* 1., L. *si homo* 69., & L. *liber homo* 103. de

(a) *Quod esse in natura non potest, exemplo hippocentauri designabant Stoici, horumque imitatores Jurisconsulti. V. Laertium in Zenon., Senecam ep.* 58., *& Celsum in* L. *si ita* 97. *de V. O. Multa de hippocentauro Magius Misc.* I., 20., *& Gothofredus in d.* L. 97.

de V. O., ac licet sacra res profana fieri, & usibus publicis relicta in privatos usos reverti, & ex libero servus fieri possit, tamen non pendeat stipulatio, sed protinus inutilis sit, *d.* §. 1., *nam de his rebus negotium recte gerimus, quae subjici usibus dominioque nostro statim possunt*, *d. L.* 83. §. 5.; & contrario inutilis fiat stipulatio, quae utilis initio fuit, si res profana facta sit sacra, vel in aliam quamlibet similem caussam devenerit *sine facto*, h. e., *sine dolo culpave* promissoris, *d.* §. 5., & *L. is, qui* 51. *D. eod.*; placuit enim exstingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, *L. pluribus* 140. §. 2. *eod.*, quo fit etiam, ut nemo possit rem alienam stipulari in eum casum, quo sua futura est, §. 22. *h. t.* & *L. nemo* 87. *de V. O.* Quid si quis rem commercio exemtam stipuletur sub ea conditione, quum res dari potuerit? Ne haec quidem stipulatio jure probatur, *d.* §. 2., ac *d.* §. 5. Sed non omnium rerum, quae sunt extra commercium positae, una eademque ratio est; si enim natura sui extra commercium sint, uti res sacra, publica, homo liber &c., stipulationes sive purae sive conditionales non valent: atque de hoc rerum genere accipiendum illud Triboniani *d.* §. 2., *Quae NATURA SUI dominio nostro exemta sunt, in obligationem deduci NULLO MODO possunt* (b): si vero res non sui natura, sed ob aliud quidquam, quod extrinsecus advenit, extra commercium sint, ut res nostra, quaeque sunt aedibus juncta, valent stipulationes sub ea conditione, *quum res nostra esse desierit*, aut *si quando marmora vel columnae separatae fuerint ab aedibus*, *L. si rem* 31., *L. existimo* 98. *de V. O.*, ubi tamen fuisse de ea re dubitatum, facit indicium Marcellus.

§. III. IV. XIX. XX. & XXI. Item inutilis est stipulatio, quae factum continet alienum, ut si quis alium daturum facturumve promittat, §. 3. *h. t.*, aut si quis alteri stipuletur, §. 4. *h. t.* Qui promittit, promittere de se debet, *L. inter* 83. *pr. de V. O.*, nec tenetur, nisi aut poenam quoque spondeat, aut quanti res ea sit, §. 2. *h. t.*, & *L. stipulatio* 38. §. 2. *eod.*; tunc enim sua interest quod promisit, sicque videtur factum potius suum promisisse. Longe alia est caussa ejus, qui curaturum se spondet, ut alius det; namque hic operam promittit suam, ac proinde omnino obligatur, *d.* §. 3., & *d. L.* 83. *pr.*: ac si quidem is se *curaturum* promittit, reum locupletem dando liberatur, *L. ult.* §. 1. *de reb. cred.*, & *L. illa stipulatio* 67. §. 1. *de V. O.*; si vero *facturum* se promittit, is dare cogitur, nisi ille alius dederit, *quia nemo facere potest, ut ego habeam, nisi mihi dederit*, ut in re simili ajebat Gajus in *L. si heres* 73. *de leg.* 1. Qui alteri stipulatur, id facit, quod sua non interest; at inventae sunt tamen stipulationes, ut unusquisque sibi adquirat, quod interest sua, *d. L.* 38. §. 17. idemque de aliis contractibus scriptum est in *L. quaecumque* 11. *de O. & A.* quod si is, cui alius stipulatur, omnino extraneus non sit, sed pro

(b) *Quid quod mali res erat ominis rem sacram, liberumve hominem stipulari in casum, quo hic servus, illa fieret profana? Ita visum Romanis*; *L. si in emtione* 34. §. 2. *de contrh. em.*, & *d. L.* 83. §. 5.

eodem fictione juris cum stipulatore habeatur, jure consistit stipulatio. Sic patri filios, & servus Domino recte stipulatur ob vim potestatis, §. 4. *h. t.*, *d.* L. 38. §. 17., L. *quodcumque* 45. *de V. O.* Sic nobis, & heredibus nostris utiliter stipulamur, & posse quemque *suae personae adjungere heredis personam*, scribit Ulpianus in *d.* L. 38. §. 14. Hinc stipulationes illae in *d.* L. 38. §. 12. *Uti frui licere sibi heredique suo*, *Ire agere sibi heredique suo licere*. Et quamvis olim nemini liceret solis heredibus stipulari, sed deberet suae personae personam adjungere heredis, uti Ulpianus ajebat, hodie tamen licet postquam *& ab heredibus*, *& contra heredes incipere actiones & obligationes* concessit Justinianus in L. *un. C. ut action. ab hered.* Ad haec valet stipulatio, si quis stipuletur alii, quum tamen intersit sua §. 20. *h. t.*, ubi Tribonianus tria ejus rei adfert exempla: primum tutoris, qui administratione cedens a contutore suo stipulatur, *rem pupilli salvam fore*, quia *stipulatoris interest*, *fieri*, *quod stipulatus est*, *quum obligatus futurus esset pupillo*, *si aliter res cesserit*, *d.* L. 38. §. 21.: secundum ejus, qui procuratori suo dari stipulatur: tertium ejus, qui dari stipulatur creditori suo, quia ejus interest, *ne poena committatur*, *vel praedia distrahantur*, *quae pignori data erant*, *d.* L. 38. §. 23. Quibus exemplis patet, ideo stipulationem committi, quia stipulator suam ipsius rem agit, quum, quod nostra interest, nostrum sit. Demum valet stipulatio *alii dari*, poena stipulationi adjecta sic, *Titio dare spondes? nisi dederis*, *decem dare spondes?* quo casu poenae stipulationem committi, Tribonianus inquit §. 19., etiam ei, *cujus nihil interest*, subaudi, alii dari; ceteroqui enim poena ipsius interest stipulatoris: ac porro poenam, quanta quanta est, deberi, neque illud inspici, quid intersit, *d.* §. 19. & *d.* L. 38. §. 17. Non est igitur poena stipulationis accessio, namque ita inutili stipulationi adjecta inutilis esset: quod secus esse, jam vides. Sunt eae duae inter se diversae stipulationes, *nec vitiatur utilis per inutilem*, ut in simili specie scribit Ulpianus L. 1. §. 5. *de V. O.*, nisi utrique idem vitium insit: quae caussa est, cur poena adjecta stipulationi turpi & impossibili non debeatur, tunc enim ipsa poenae stipulatio turpis & impossibilis videtur. Confirmant haec omnia quod in *d.* §. 4. Tribonianus ajebat, neminem posse alteri stipulari. Verum id eo spectat, ne alteri adquiratur obligatio: ceterum ut solvatur alteri, recte stipulamur sic, *Sejo, aut mihi dare spondes?* qua formula obligatio quidem adquiritur mihi, solvi tamen Sejo invito me potest, ut liberatio ipso jure contingat; sed est mihi cum Sejo mandati actio, *d.* §. 4., L. *eum*, *qui* 56. §. 2., & L. *ult.* §. 3. *eod.* Quid si ita stipuler, *Sejo & mihi dare decem spondes?* Valet stipulatio, sed mihi dimidium debetur, Sejo nihil, L. *si mihi* 110. *de V. O.*, & *d.* §. 4., quum extraneo acquiri per alium obligatio non possit, *d.* §. 4. Et miror hic Vinnii confidentiam affirmantis, nihil fuisse in hac specie a veteribus definitum: quum conceptissimus in rem sit Pomponii locus *d.* L. 110. Sane disjunctivae particulae vis est, ut solidum uni detur, sicque extraneus solutionis tantum gratia censeatur adjectus; & si nihil vetet, quin promissor partem extraneo, reliquum solvat stipulatori, L. *quum decem* 71. *de solut.*: conjunctivae vero, ut idem conjunctis *communiter* debeatur, & ipsa

ipsa personarum enumeratio partes faciat; *d. L. 56. pr.* Quod si quis *ei* stipuletur, qui juri suo subjectus est, puta, pater filio, aut dominus servo, adquirit is sibi, modo stipuletur ea, quae sibi possunt acquiri, h. e *quae juris sunt*, *L. dominus 39.*, & *L. quod dicitur 130. de V. O.* Et quoniam haec ita scripta sunt ob jus potestatis, consequitur, patrem filio emancipato inutiliter stipulari, *L. si genero 26. C. de jur. dot.* Sed favor dotis facit, ut pater filiae suae dari post mortem suam, quo tempore ea sui juris erit, non inutiliter stipuletur, competatque filiae utilis actio ex ea caussa, *L. quodcumque 45. §. 2. eod.*, & *L. pater 7. C. de pact. convent.* V. Donellum in *d. L.37. §.17. n.66.*

§. VI. VII. XII., & XXII. Stipulationes quandoque inutiles facit persona, ut si quis ab eo stipuletur, qui suae subest potestati, aut cujus potestati is subest, *§. 6. h. t.*, quum in iis, quae juris sunt, pater & filiusfam., dominus & servus jure sint unius personae, nemo autem possit a se ipse stipulari, sibique ipse obligari, *L. heres 21. de fidejus.* Peculia excipe castrense, & quasi castrense in quibus filiusfam. pro patresam. est, *L. lis nulla 4. de judic.* Et quidni idem dicamus (verba sunt Vinnii) de bonis adventitiis, quorum plenam filius proprietatem habet arg. *Nov. 117. c. 1.*? Tu Vinnio repone, filiumsfam. in iis bonis pro patresam. non haberi, proinde jus potestatis obstare stipulationi: quod vero ait Nov. liberum filio esse de eis disponere, licet sub potestate sit, ita accipi oportere, nisi contrahat cum patre: quam exceptionem exaudiri eo loco summa juris ratio jubet, uti eadem ipsa subaudienda est in iis Gaii in *L. 39. de O. & A. Filiusfam. ex omnibus caussis tanquam paterfam. obligatur, & ob id agi cum eo tanquam cum patrefam. potest*: cui & alteram adde exceptionem necessario subaudiendam, puta, Macedoniani, de qua in *§.7. tit.7. lib. 4.* Eo distat a filiosam. servus, quod hic non domino solum suo obligari nequit, sed ne alii quidem ulli, *d. §. 6.* & *L. servi 14. eod.* Mutus etiam, aut surdus stipulari nullo modo potest, *§.7. h. t. L. 1. §. 14.* & *15. eod. tit.* Et mutum quidem interrogare, aut respondere vetat natura, & surdus exaudire verba stipulantis, vel promittentis non potest: & utrumque tamen illud ad verborum obligationem est opus, *d. §. 15.* Hinc intelligis, non de eo agi, qui tardius exaudit, sed qui omnino non exaudit. Quod Jubentius, seu Juventius Celsus, (pater, an filius, non liquet) testatum reliquit apud Justinianum in *L. discretis 10. C. qui test. fac.*, nullum esse, qui penitus non exaudiat, *si quis supra cerebrum illius loquatur*, permulti naturam bene docti puram putam fabellam ducunt, tuetur tamen, quantum potest, Menagius *Amoenit. c. 27.* Surdis proxime accedunt absentes, quod & hi exaudire verba non possunt, *L. 1. pr. de V. O.*: quin si qui praesens interrogavit, antequam sibi responderetur, discessit, inutilem efficit stipulationem, nisi ei mox reverso responsum sit, *intervallum enim medium* (c) *non vitiavit obligationem*, *d. L. 1. §. 1.* Non me movet Paulus in *L. ea, quae 57. de don. int.*

(c) *In vulg.* modicum, *quo verbo intelligitur perpetuum esse debere stipulantis & promittentis actum*, *hunc vero* aliquo naturae momento, *uti Venu-*

int. vir., ubi *stipulationem* vocat sponsionem uxoris *domino* (*d*) h. e., viro suo per literas missam; non enim ipsa epistola stipulatio est, sed stipulationem jam inter praesentes factam continet. Plane scriptura, ubi verba praecesserunt, cautionis loco est, L. 1. C. *de contr. stip.*, & consuevere olim Romani stipulationes probationis caussa in scriptum redigere; *L. Titia* 134. §. 2., & *L. seq.* §. *pen. de V. O.*, unde Cic. *pro Rosc.* XIII, 38. *Quis est*, inquit, *hujus restipulationis scriptor? testis? arbiter? quis?* At quoniam hinc cavillandi dabatur occasio, forte enim reus caussabatur, se, vel adversarium suum stipulationi non adfuisse; nec satis expedita res erat, actorine, an reo probandi onus incumberet, jure factam, aut non factam stipulationem, scite cavit Justinianus in L. 14. C. *eod.*, ad quam spectat §. 12. Tribonianus, si scriptum sit, inter praesentes rem fuisse actam, *id esse credendum, si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo hujusmodi instrumentum conscriptum est; nisi is, qui dicit, se se, vel adversarium abfuisse, liquidis, ac manifestissimis probationibus, & melius quidem si per scripturam, vel saltem per testes undique idoneos, & omni exceptione majores ostenderit, se se, vel adversarium suum eo die civitate abfuisse*. Quemadmodum autem pro instrumento est praesumtio veritatis, nempe verum esse quod scriptum est, ita & praesumptio solennitatis, nempe, quod gestum dicitur, fuisse id rite expeditum. Sic *si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit*, §. 17. *h. t.*, quae verba descripsit Tribonianus ex Paulo *Sent. V*, 7. 2.; eorumque non ea est sententia, quam comminiscitur Salmasius *de Usur. cap.* 6., si scriptum sit, aliquem promisisse, hoc perinde valere, ac si quis rogatus respondisset; sed vero haec, idoneam inde nasci praesumtionem, interrogatione praecedente responsum fuisse: idque demonstrant formulae illae

prae-

nulejus loquitur in L. continuus 137. *de V. O., non interrumpi. Sed nec longiusculam moram obstare, idem Venulejus tradit d. L.* 137., & *L. si ex duobus* 12. *de duob. reis.*

(d) *Quod oportere semper est visum, uxores suis subesse viris, hos illae* dominos *dictitabant. Scaevola in* L. *Lucius* 88. §. 2. *de* leg. 2. *Virgil. Aeneid. IV*, 214., *Ovid. Fast. II*, 750. *Dominum vocari honorificentissimum erat: hinc honoris gratia eo nomine salus dicta*, L. *Vesennius pr. ad* L. *Falc. Sed tum moribus in deteriora prolabentibus uxores a viris* dominas, & domnas *appellari coeptum*, L. *uxorem* 41. *de leg.* 3., & L. *Titia* 19. §. 1. *de ann. leg. Facit vetus Inscriptio apud Gruterum*, Dominae & conjugi karissimae. *Id a Graecis manasse, qui uxorem* δέσποιναν *dicebant, Servius in Virg. scribit: nisi malis conjicere cum Pancirolo var.* Lect. I, 76., *pro personarum dignitate conjuges iis nominibus sese invicem honorasse, ac fortassis in laudatis LL. libertos patronas habuisse uxores. Sed vocabula illa honoris recentiora a Tiberio sunt, qui refugisse perhibetur* Domini *nomen, quod, Eutropio teste, jure sibi poposcit Domitianus*. Quandoque Dominus *ac* Domina, & *contracte* Domnus *ac* Domna *propria hominum nomina fuisse, docet post Salmasium Menagius Amoenit. c.* 25. *V. etiam* Gentil. *Parerg. ad* **D. II, 22.**

praesumptionis indices: *Perinde habetur* apud Paulum loc. cit. *Intelligendum praecessisse verba stipulationis* apud eundem Paulum in *d.* L. *Titia*, &c. *Videri omnia solenniter acta* apud Ulpianum in L. *sciendum* 30. *D. eod.* Sola igitur inde suppetit praesumptio juris, sed potest tamen *contrarium adprobari*, uti Ulpianus scribit L. 7. §. 12. *de pact.* Expendit in suam sententiam Salmasius Modestini responsum in L. *tutor* 41. §. 2. *de usur.*; sed illud tamen aliorsum accipit, ac debebat. V. Noodt. de *foenor.* III, 2.

§. VIII. IX. X. XI. XIII. XIV. XV. XVI. & XXIII. Interdum stipulationes mens contrahentium inutiles facit, quod aut nequeant, aut nolint consentire. Nequeunt furiosus, & infans, §. 8. ac 10. *h. t.* Furiosus sive promittat, sive stipuletur nihil agit, *L.* 1. §. 12. *de O.*, & *A.*: ac videntur Leges *furiosi* vocabulo abusae, eoque mentecaptum quemlibet comprehendisse; nam de quolibet mentecapto vere dicitur, quod de furioso scriptum est in *d.* §. 8., eum, *quod agit non intelligere*. Furiosus, ac prodigus alias pares, hic diverso jure censentur. Uterque promittendo non obligatur; at is, cui bonis interdictum est, stipulando, aut aliter contrahendo sibi adquirit, L. *is, cui* 6. *de V. O.* Infans in his, quae animo geruntur, a furioso non multum distat, *d.* §. 10., ac d. L. 1. §. 13. Infantiam septimo anno definiere Stoici, *septimum quemque annum aetati signum imprimere* rati apud Senecam *de Ben. VII.*, 1.: eosque sequuti sunt, ut saepe alias, Jurisconsulti, L. 1. §. 2. *de adm. & peric. tut.*, & L. 18. *C. de jur. delib.* V. Merillium *Obs.* I, 14. Et quamquam infans proprie sit, qui fari adhuc per aetatem non potest, tamen jure Civili nemo fari ante septennium intelligitur, quod nemo ante id tempus, quae loquitur, probe novit. Haustum id quoque e Stoicis, ex quorum sententia infantem *Chrysippus negat loqui, sed ut loqui*. Varro *lib.* 4. *de L. L.* Haud longe etiam distat a furioso is, qui *proximus infantiae* est, *d.* §. 10., puta, qui septimum annum nuper excessit, octavum ingressus: quemadmodum *proxime ad aetatem praetextati* (h. e. impuberis (e)) *accedere eum*, inquit Ulpianus L. *deinde* 3. §. 6. *de lib. exh.*, *qui puberem (f) aetatem nunc est ingressus*; sed benigna juris interpretatione receptum, scribunt Gajus *d.* L. 1. §. 13., ac Tribonianus *d.* §. 10., ut infantiae proximus idem jus habeat, quod *proximus pubertati*, puta, is, cui ad puberem aetatem *tantummodo semestre tempus reliquum est*, L. *non tantum* 17. *de excus. tut.*(g) h.e., ut uterque stipuletur recte ac promittat auctore tutore, §. 9. *h. t.*, & L. *obligari* 9. *de auct. tut.*: quo differunt inter se pupillus, ac filiusfam. impubes; namque hic licet septennio major ne patre quidem auctore obligatur, *d.* §. 10., & L. *ult.* §. 2. *de V. O.* Quid ita? Quia tutor, inquit Hotomanus, ob rem ma-

(e) *Praetextati nomen factum a toga praetexta, quam puerilibus vestimentis accenset Ulpianus in* L. *vestis* 23. §. 2. *de aur. & arg. leg. V. Macrobium Saturn.* I, 6., *& A. Augustinum Emend.* III, 9. *in Thes. Ottoni. tom.* 4.

(f) *In mendo sunt Codices, qui habent* impuberem. *V. A. Augustin. loc. cit.*

(g) *De proximis infantiae, ac puberti v. Obs. nostr.* I, 8.

male gestam tenetur, pater non tenetur. A vero proprius abest ea ratio, quod sui juris pupillus non tutori adquirit, sed sibi: quo fit, ut in ejus commodum redundet eo modo obligari, quo possit, nempe, tutore auctore; alioqui enim nemo esset cum eo contracturus: atque hoc est, quod ait Tribonianus, receptum id *propter utilitatem* ejus; at filiusfam. impubes patri adquirit, proindeque nulla ejus utilitas facere potest, ut obligetur auctore patre, qui, quum e re sua futurum prospexerit suscipere obligationem, facere id poterit ipse per se. Consentire nolunt, qui impossibilem conditionem apponunt stipulationi. Eorum talem esse cogitationem, inquit Maecianus in *L. non solum* 31. *de O. & A.*, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem. Neque ea tantum conditione, quam natura, sed & ea, quam jus non patitur, quamque *jure impossibilem* dictitant vulgo ob textum Papinian, in *L. filius* 15. *de cond. inst.*; stipulationes, ceterique contractus vitiantur, §. 11. *h. t.*, L. 1. §. 11., ac *d.* L. 31. *de O. & A.*, L. *continuus* 137. §. 6. *de V. O.* In ultimis voluntatibus res secus se habet. V. *Comm. nostr.* in §. 10. *de her. inst. lib.* 2. Jam impossibilis conditio aut ait, aut negat: ait, veluti, *Si digito Coelum tetigero* (h): negat, veluti, *Si Coelum non tetigero*. Si ait, inutilis est stipulatio: si negat, utilis est, & *praesens*, uti loquitur Ulpianus in *L. impossibilis* 7. *de V. O.*, h. e., pura, agique ex ea protinus potest, *d.* §. 11., & L. *in illa* 8. *eod.*; quid enim interest, num prorsus nullam, an conditionem adjicias *omnimodo exstaturam*? L. *si pupillus* 9. §. 1. *de novat.* Impossibiles videri cuiquam possent stipulationes hae, *Dare spondes post mortem meam*, aut *domini patrisve mei?* loqui enim videor ejus voce, in cujus potestate sum, §. 13. *h. t.*) *Post mortem tuam dare spondes? Pridie, quam moriar, dabis? Dabis pridie, quam morieris?* Et vero mortuum dare vel accipere, impossibile est, nec de pridiano die constare, nisi post mortem, potest. Et stipulationes quidem istae antiquo jure inutiles erant, sed non eo tamem nomine; eccur enim non eodem quoque nomine inutiles erant hae, *Quum moriar, dare spondes? Quum morieris, dare spondes?* quae & veteri jure valebant, & nunc valent? §. 15. *h. t.*, & L. *quodcunque* 45. §. 1. & *pen. de V. O.* Vera juris antiqui ratio erat ea regula, ad heredem obligationes & actiones non transmitti, quae defuncto & contra defunctum competere non potuerunt, L. *nam sicut* 36. 1. *ad L. Aquil.*: quae etiam ratio fuit, cur olim post heredis legatariive mortem inutiliter legaretur, §. 35. *sup. de leg.* Sed eam regulam abrogavit Justinianus L. *un. C. ut act. ab hered.*, idemque tres ante annos ejuscemodi stipulationes valere jusserat, L. 11. *C. de contrab. stip.*; quod is, qui pridie, vel post suam promissorisve mortem stipulatur, non proprie sibi, vel ab ipso promissore in id tempus stipulari videatur, sed he-

(h) *Consuetudinis fuit Romanorum ea formula quodcunque ἀδύνατον significare: quod Ciceronis, Ovidii, Horatii, ac Symmachi testimoniis probat Gothofredus in hunc locum. Eodem redibant illae,* Si in Coelum adscendero *in L. impossibilis 7. de V. O.,* Si mare ebibero *apud Theophilum in h. §., & §. 10. de her. inst.*, Si terram movero *apud Suidam v. ἀδύνατον. V. Radulphum Forner. rer. quot. VI, 29.*

heredi suo, vel ab herede promissoris: quo potest modo exitum habere contrahentium consensus, ex quo valent stipulationes, *d.* §. 13. At verba illa, *quum moriar*, *quum morieris* ipsum designant tempus moriendi, quod Jurisconsulti ex Philosophorum quorumdam sententia vitae potius dedere, quam morti, *L. si filius* 28. *de cond. inst.* (i): unde multa juris loca Cujacius illustrat *Obs.* II, 34.: sicque videbatur ab ipso defuncto, & contra ipsum coepisse obligatio, & actio, quae proinde ad heredem, & contra heredem transmittebatur. Utilis quoque semper fuit stipulatio *post mortem alterius* concepta, §. 16. *h. t.*, quod deficeret ratio, quae stipulationes post mortem stipulatoris aut promissoris conceptas inutiles faciebat. Porro consentire nolunt, qui aut errant, aut agunt nugas. Et vero quid tam contrarium consensui, quam error, qui imperitiam detegit? *L. si per errorem* 15. *de jurisdict.* Verum sic habe, si in solo rei nomine erratum sit, quum de corpore constiterit, stipulationem valere, *L. si in nomine* 32. *de V. O.*: si in persona ipsa, puta, si quis Maevio spoponderit, quem esse Gajum putabat, nihil actum intelligi arg. *d. L.* 15., & *L.* 2. *de judic.* si in materia, ut si quod aurum putabam, quum aes esset, stipulatus de te fuero, valere quod actum est, teque mihi ejus *aeris nomine* teneri (k), *quoniam in corpore consenserimus*, *L. si id* 22. *D. eod.*: demum si in re ipsa, quae venit in stipulatum, ita erratum sit, ut de re alia stipulator, de alia promissor senserit, nullam contrahi obligationem. §. 23. *h. t.*, *L. inter* 83. §. 1., & *L. continuus* 137. §. 1. *eod.* Nugas agunt, qui praepostere stipulantur. Praeposterae stipulationes dicuntur, quae conditionem habent in futurum tempus, uti par est, conceptam; praesentem vero obligationem, qualem pati conditio non potest, ut haec, *Si navis ex Asia cras (l) venerit, hodie dare spondes?* §. 14. *h. t.* Verum quoniam hujusmodi stipulationes in gratiam dotium probavit Leonis Constitutio, quae intercidit; (namque errare Accursium, qui eam in L. 20. C. *de jur. dot.* exstare ait, palam est ex ipsa *L.* 20.) Justinianus arrepta inde occasione praeposteras omnes stipulationes admisit, perinde ac si, nulla habita praesentis temporis mentione, in diem vel sub conditione factae essent, *L. praeposteri* 25. *C. de testam.* Est autem hic, cur irascar Johanni Georg. Estor, qui *Not. in Heinecii Element.* scribit, jure novissimo Justiniani promissorem ex praepostera stipulatione pure obligati ob textum in *d. L.* 25, quum tamen ibi diserte dicat Justinianus, ipsum tempus presens remitti, *exactione post conditionem, vel diem competente.*

§. V. & XVIII. Denique ipsa verborum conceptio inutiles facit stipulationes, si responsio aut qualitate aut quantitate differat ab interrogatione. Qualitate differt, si quis pure, in diemve, vel sub conditione interrogatus non sic respondeat, ut interrogatus est: quantitate, si certam

I da-

(i) *Alias aliorum Philosophorum sententias proponit Taurus apud Gellium Noct. VI.*, 13.

(k) *Num aes ipsum tradere, an id quod interest? V. Ferrettum, Cujacium, aliosque interpretes ejus loci.*

(l) *To cras a plerisque Codicibus abest; sed illud post Theophilum Contius inserit in h. §. Tu aut insere, aut subaudi.*

dare quantitatem rogatus, plus minusve promittat, §. 5. *h. t.*, L. 1. §. 3. *de V. O.* Gajus *Inst.* II, 9. 10. Utroque casu stipulationem omnino inutilem esse, promissoremque omnino non obligari, traditur in iis locis. At vero ubi in quantitate posita differentia est, stipulationem ex parte utilem, promissoremque ex parte obligari, docet Ulpianus *d.L.*1. §. 4., *Si stipulanti mihi decem tu viginti respondeas, non esse contractam obligationem, nisi in decem, constat. Ex contrario quoque si, me viginti interrogante, tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta; licet enim oportet, congruere summam; attamen manifestissimum est, viginti & decem inesse.* Quis autem non videt, multo propius ad naturalem aequitatem accedere Ulpianum, quam Tribonianum? Operam ludunt, qui Tribonianum componere student cum Ulpiano: quod faciunt Corasius in *d.* L. 1. §. 4., Vinnius, Huberus, & Everardus Otto in *h.* §. Ego sic sentio, non Ulpianum, quod Ottoni visum, sed Gajum fuisse a Triboniano descriptum, Cajo autem cum Ulpiano non convenisse super ea re: & hunc quidem quod aequius erat, sequutum, illum quod stricta juris ratio postulabat: Tribonianum vero, qui sententiam Gaii habuerat potiorem, Ulpiani fragmentum per oscitantiam reliquisse in Pandectis. Inquit Gajus *Inst.* II., 9. 10., *Vel si creditor decem solidos debitorem interroget, & debitor quinque promittat, hoc ordine integrum debitum vacillare cognoscitur.* Vinnio earum Institutionum auctorem sive Anianum, sive quemvis alium nihil moranti ipse Tribonianus obstat, qui se cum ejus loci auctore sensisse, ac proinde eum locum recte sanum esse, luculenter ostendit; primum enim generaliter scribit, *Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quae interrogatus fuerit, non respondeat*; tum duo subjungit exempla, *veluti, si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra: aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra.* Quemadmodum igitur is omnino inutilem credidit eam stipulationem, in qua interrogatio qualitate ipsa differt a responsione, quod est alterum exemplum, ita & eam, in qua interrogatio rei quantitate differt a responsione (m). At enim si quis res plures una verborum conceptione complectitur, promissor autem unam, aut quasdam daturum se spondet, in iis, pro quibus spondet, contrahitur obligatio, §. 18. *h. t.* Ita vero, sed in aperto discrimen est. In specie §. 5. stipulatio una est, quia una est summa, ideoque, quum responsio non congruat interrogationi, tota stipulatio vitiatur: in specie §. 18. tot stipulationes sunt, quot res in stipulatum deductae, ut recte possint nonnullae consistere, non item aliae, L. *scire* 29., & 1. *quod dicitur* 86. *de V. O.* Jam vero ubi plures nominatim res in stipulationem veniunt, qui verbo hoc uno, *Spondeo*, vel *Promitto*, respondet, propter omnes tenetur, *d.* §. 18., poterat enim aliquas excipere, & non excepit, verbo usus generali, quod vi sua refertur ad omnes. Exempli loco esse potest vetus deditionis Collatinorum formula apud Livium I, 15., ubi uno verbo deduntur omnia, *Deditisne vos populum Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utensilia, Divina humanaque omnia in meam,*

(m) *Controversum jus id fuisse vides. At Ulpianus tamen constare ait, quo verbo jus certum proponi, mos fuit. Adi Obs. nostr.* II, 7.

meam, populique Romani ditionem? Dedimus? Ita qui sub conditione vel in diem stipulanti respondet *promitto*, vel *spondeo*, videtur in eandem conditionem, diemve spopondisse, ac *verbo se uno obligasse*, uti eamdem speciem pertractans Tullius loquitur *pro Caecin.* III, 7. V. Plauti locum *Pseud.* IV, 6. 15., in eumque Perizonium adhibe ad *Sanctii Minerv.* p. 414.

§. XXV. XXVI. & XXVII. Quae Tribonianus habet §. 25., de iis dictum in §. 4. *de V. O.*: quaeque habet §. 26. & 27., de iis actum in §. 2. *eod.*

TITULUS. XX.

De fidejussoribus.

PR. Tit. Jure Romano in caussis judiciisque suam pro aliis fidem interponebant *Vindices*, qui reos, quos, nisi darent fidejussorem, rapi obtorto collo jus erat, de manu actorum vindicabant. *Vades*, & *Praedes*, quorum hi in lite, ut Ausonius *Idyl.* 12. loquitur, *numaria*, illi, ut idem inquit, in *capitali judicio*, reos, qui jam venerant in jus, certo, ac plerumque perendino die adfuturos cavebant: *Subvades*, ac *Subpraedes*, h. e., secundi vades praedesque, (hoc sensu *subvadarium* Cicero dixit, ac Tertullianus *subneronem*) seu qui pro ipsis vadibus, praedibusque spondebant: quae latius persequar in *tit.* 6. *lib.* 4. (a): extra judicium vero *Fidejussores*, *Sponsores*, *Adpromissores*, qui solis formulis, quibus interrogabantur, diversi inter se erant, uti omnium optime Cujacius in *Paul. Sent.* I, 2.: *Expromissores*, qui quum saepe in libris juris generaliter sunt, qui aut pro aliis promittunt, aut pro se ipsi, ut permultis exemplis Brissonius docet *de V. S.* v. *Expromittere*; tum propria quadam significatione ii sunt, qui pro non efficaciter obligatis spondent, ut quos ob pactionem libertatis servi dominis dabant, L. *Et eleganter* 7. § 8. *de dol.*, & L. *aliquando* 13. *ad S.C. Vellejan.*: denique *Auctores secundi*, h. e., venditorum fidejussores ob evictionem, L. *illud* 4. *de evict.* Venditores a Latinis, & maxime Jurisconsultis *auctores primos*, ac nullo etiam addito *auctores* dictos, ignorat nemo. Exemplorum abunde est apud Brissonium v. *Auctores*. Vocabula ista expendit egregie praeter caeteros Salmasius *de mod. usur.* c.16.

§.I. *Omni* (b) *obligationi fidejussor accedere potest*, L. 1. *h. t.*, sive re, sive verbis, sive literis, sive consensu obligatio contrahatur, *h.* §., & *L. Graece* 8. §. 1. *eod.*, ac *sive civilis sit*, *sive naturalis*, *h.* §., & L. *stipulatus* 6. §. 2., & L. 7. *h. t.* Civilis est hic non ea solum, quae *mixta*, sed & ea quae *civilis tantum* vocatur; nam Tribonianus inter obli-

(a) *Eorum vocabulorum proprietatem Latini non semper servarunt. Sigon. de antiq. jur. Civ. Rom.* II, 4. *Salmas. de mod. usur.* c.16.

(b) Tò *omni accipiendum*, *quasi scriptum pene omni*; *sunt enim obligationes nonnullae, quae non recipiunt fidejussorem*. *Similia exempla e libris Jurisconsultorum repetiit Bynkersh.* Obs. VII. 18.

bligationes, quae fidejussorem recipiunt, nominatim recenset obligationem literarum, mere civilem, uti mox. Igitur quum rei cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competant, *L.* 7. *§.* 1. *de except.*; qua perpetua exceptione reus tantum civiliter obligatus, eadem fidejussor agentem repellit. Naturalis est non ea, quam sola naturalis pudoris ratio inducit, Civile autem jus destituit omnino, ut accepti beneficii memorem esse; sed ea, quae ex conventione nascitur, & una excepta actione ceteros habet effectus juris, *h. §.*, *L.* 1. *§.* 7. *de pec. const.*, *L. etiam* 6. *de compens.*, *L. naturales* 10. *de O. & A.* *L.* 1. *§.* 1. *de novat.*: qualem obligationem designant Jurisconsulti, quum ajunt, servum, & pupillum locupletiorem factum, & quosdam alios naturaliter obligari, *L. naturaliter* 13. *pr.* & *§.* 1., & *L. frater* 38. *pr. §.* 1. & 2. *de condict. indeb.* Sed & si ex maleficio nascatur actio, magis est, teneri fidejussorem, *d. L.* 8. *§.* 5., ita tamen, ut si reum non exhibuerit, tanti, quanti vadimonium est, mulctetur: quod confirmatur exemplo Caesonis apud Livium III, 5., si dolo non exhibuerit, etiam extra ordinem damnetur, *L. si quis* 4. *ff. de cust. reor.* Ceterum ut is poenam alieno sceleri debitam subeat, nec civilis, nec naturalis ratio finit, quum quia Reip. interest, ut poenae suos teneant auctores, *L. sancimus* 22. *C. de poen.*, tum quoniam nemo dominus est membrorum suorum, *L. liber* 13. *ad L. Aquil.* Ecquis exemplum objiciat mihi Damonis & Phintiae Pytagoreorum, quorum alterum mortis alterius vadem factum narrat Cicero *de Off. III*, 10.; quum tanquam a Dionysio tyranno editum movere neminem jure possit? V. A. Matthaeum ad *D. XLVIII*, 16. Pro dote servanda, restituendave fidejussorem a viro, hujusve patre, aliisve, qui dotem suscipiunt, reposcere vetatur uxor, quod turpe sit alienam potius fidem sequi, quam viri, ac soceri, quibus dotem illa ac se ipsam credit, *L.* 1. & 2. *Cod. de fidejuss. dot.* Ne eum quidem fidejussorem obligari, quem ultro vir dedit, est a Wisenbachio demonstratum in *tit. D. de fidejus. n.* 2.

§. II. Fidejussor *quum rei locum obtineat*, uti Ulpianus loquitur in *L. potest* 4. *§.* 1. *h. t.*, & ipse obligatur, & heredem obligatum relinquit, *h. §. ac d. L.* 4., & generaliter ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, *L.* 49. *de O. & A.*, licet specialis heredum mentio facta non sit, *L.* 13, *C. de contrah. stip.* V. Cujac. *Obs.* XXIII. 25.

§. III. Et quamvis rei ordo postulet, ut obligationem principalem sequatur fidejussio, quae *sequelae locum obtinere* dicitur Scaevolae in *L. si duo* 39. *§.* 2. *de solut.*; quoniam vero interdum fit, ut qui crediturus est, ante obligationem rei accipere fidejussorem velit, mutatur tunc quidem ordo temporis, sed ex natura rei fidejussio sequi intelligitur obligationem, sine qua non consistit, *L. stipulatus* 6. *§.* 2. *h. t.* Huc refero beneficium *ordinis*, seu *excussionis*, de quo Justinianus in *Nov.* 4. *c.* 1., unde decerpta est *Auth. praesente C. h. t.* Est autem in eo positum, ut non ante efficaciter agi cum fidejussore possit, quam excussis rei bonis constiterit, eum solvendo non esse. Quod si vero aut reus absit, aut, quod addunt vulgo, & recte, notorium sit, eum non esse solvendo, beneficium

cium cessat; sed absente tamen eo postulare fidejussor potest certum a judice diem dici, intra quem sistat absentem. Antiquam legem, quae desueverat, recentare se, ait Imperator. Quae ea fuerit; cujusve temporis, vel auctoris, se nescire, profitetur Balduinus in *Justin. p. m.* 399. Eam in XII. Tabulis fuisse, suspicatur Cujacius in *d. Nov.* In ea quaerenda frustra erimus diligentes. Usos ea Romanos Ciceroniano aevo, fide patet ipsius Ciceronis *ad Att.* XII, 14., ubi procuratorem fidejussoris non jure appellatum a creditore scribit, quum reus principalis locuples esset. Facit eodem locus alter ex *lib. ad Att.*XVI. *ep.* 15., quem Cujacius illustrat loc. cit. Meminit ejusdem legis Auctor Declamationum *Declam.* 273. Quo primum tempore optio fuerit creditori data sive cum reo principali, sive cum fidejussore experiundi, atque adeo ad alterum redeundi, quod Pandectarum, & Codicis jus est, aeque non liquet. Denique si reum fidejussor non exhibuerit intra diem, accipere judicium, ac tandem solvere compelletur, si tamen creditor suis ei prius actionibus cedat: quod alterum est beneficio a Justiniano datum fidejussori, *d. Nov. c.* 1.

§. IV. Sequitur nunc tertium Imp. Hadriani. Confidejussores, h. e., qui plures in eandem rem, proque eodem debitore fidejubent, quales proprie sunt confidejussores, *L. si plures* 27. §. 4., & *L. si a Titio* 43. *h. t.*, singuli tenentur in solidum, *h. §.*; sed inter eos, qui tempore litis contestatae solvendo sunt, dividitur obligatio per exceptionem, non jure ipso, *L. inter* 26. *eod.* Si jure ipso viriles singuli partes deberent, quum eorum aliquis tempore litis contestatae solvendo non est, ceteris onus id non incumberet, quumque unus solidum solvit, condicere indebitum posset: sed contraria tamen his scripta sunt §. I., *d. L. inter*, ac *L. si testamento* 49. §. 1. *in fin. eod. tit.* Quae quum ita sint, quid est, quod ait Tribonianus, compelli creditorem a singulis, qui solvendo sunt litis contestatae tempore, *partes petere*? Id omnino ita explicandum, partes petere creditorem compelli, opposita a fidejussoribus exceptione. Eodem sensu accipiendum illud Severi & Antonini in L. 3. *C. h. t. Si alter idoneus est, intelligis, te divisa* (subaudi, per exceptionem) *quantitate partem competentem petere debere*. Porro licet adjectum in obligatione sit, *ut singuli in solidum teneantur*, tamen id non mutare conditionem, constitutionemque juris, *d. L. 3.*, *nam & quum non adjiciatur, singuli in solidum tenentur*. Quod litis contestatae tempore confidejussores solvendo esse debent, consequitur, si quidam post illud tempus solvendo esse desierunt, eam rem ad onus ejus, qui solvendo est, non pertinere, *L. inter eos* 51. §. 4. *h. t.* Quandoque obligationem dividi, lex vetat *V. L. si dubitet* 10. §. 1. *h. t.* & *L. ult. D. rem pupill.* Exceptionem istam, quae *auxilium divisionis* in *d. L.* 10., *beneficium dividendae actionis* in *d. L. ult.*, & nunc vulgo *beneficium divisionis* appellatur, primus induxit Epistola quadam sua Hadrianus, *h. §.*, & *d. L. inter* 26. Fuit tum ea Epistola ejusdem Hadriani jussu in Edictum Praetoris inserta: quae caussa est, cur beneficium illud *ex Edicto Praetoris* esse, Paulus scribat *Sent.* I, 20. qui Pauli locus maxime contra Cujacium facit opinantem, Epistolam illam Antonini Pii fuisse, qui jure ado-

adoptionis Hadrianus quandoque est dictus, secundum ea, quae adnotata sunt ad *tit. de S. C. Tertull.*; qui enim potuit in Edictum conjici Epistola Antonini Pii, qui recentior Edicto fuit? *Epistola D. Pii*, quam laudat de beneficio divisionis agens Papinianus in *d. L. 49. §. 1. in. fin.*, non beneficium instituit, sed confirmavit. *Obs. nostr.* II. 13. Muretus, qui scriptum initio apud Paulum conjicit per notas *ex E. D. P.*, quas interpretari librarius debebat *ex Epistola D. Pii*, a se vix potest risus hominum deprecari. Beneficia illa juris sualit misera fidejussorum conditio, quam enarrat, indoletque Cujacius in *tit. C. de fidejus.*, & *Obs. XIX*, 34. Quam bene fidejussores periculi monebat Epigraphe illa, quam Templi Delphici angulus habebat, *Sponde, noxa praesto est!*

§. V. *Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur*, inquit Ulpianus, *d. L. 8. §. 7.*, *quod si fuerint in duriorem caussam adhibiti, placuit, eos omnino non obligari*; non enim *plus in accessione potest esse, quam in principali re*, *h. §.* At in leviorem caussam accipi possunt, *d. L.* 8. §. 7. 10.& 11., & *L. hi, qui 34. eod.* Deteriorem facit fidejussorum conditionem vel res, vel tempus, vel caussa, vel locus. Facit deteriorem caussa, si denegetur fidejussori electio, aut spes liberationis, quam reus habet, ut in *d. L. 8. & 9.*, ac *d. L. 34.* Cetera satis expedita sunt. Unum id quaeritur, num fidejussor in majorem quantitatem acceptus omnino non obligetur, an pro ea saltem parte, pro qua reus tenetur? Prius visum plerisque veterum: posterius recentiorum plerisque: Cujacius variavit, eumque Merillius notat *Variant.* §. 51. Priorem ego sententiam sequor. Maxime me movet, quod Ulpianus, ac Trib. ajunt fidejussores in duriorem caussam adhibitos *non obligari*: quae verba quum ad omnes caussas aeque referantur, quibus durior fit conditio fidejussoris, (nam & Ulpianus inquit, *commune esse in universis*, & Tribonianus omnium caussarum exempla pariter subjicit huic enunciationi, *fidejussores, ut plus debeant, obligari non posse*) in omnibus aeque nullam esse obligationem significant. Alciatus *Parerg. V*, 17. Fornerius *Select. III.* 11. aliique ex veterum quorundam Latinorum Codicum, ac Basilicorum fide legunt apud Ulpianum, *non omnino*. Sed mihi sanctior est vulgata lectio, quam & Florentinus liber, & ea vel maxime ratio confirmat, quod aliqui Ulpianus Triboniano, atque adeo sibi ipse pugnaret: Triboniano, qui fidejussores *NON obligari*, h. e., nullo modo obligari scribit: sibi, qui, quum *de universis* loquatur, si forte legas, *non omnino*, jam de omnibus idem doceret; at vero is de fidejussore pure accepto, ubi sub conditione acceptus est reus, pronunciat *d. §. 7. non obligari*. Quae opponunt contrariae sententiae adsertores, ea diluunt omnia Wisenbachius in *lib. 47. D. disp. 27. n. 10.*, & Averanius *Interpret. jur. II*, 3.; verum tam levia sunt, ut ne pluma quidem levior; si tamen obicem unum excipias ex *L. rogatus 33. D. mand.*, in quam vide quid ego commenter *Obs. I*, 14. Sed contrariam sententiam fori usus recepit.

§. VI. Fidejussor, si quid pro reo solvit, mandati aget, *h. §.*, & *L. idemque 10 §. 11. D. mandat.*; sed mandasse vel reum ipsum, vel praesente nec dissentiente reo alium, est opus *L. si remunerandi 6. §. 2.*

L. qui

L. qui patitur 18., *L.* 20. §. 1. *D.*, & *L.* 6. *C. eod.* V. Grotium II, 12. 6. Quod si quis pro absente, & ignorante fidejusserit, ei negotiorum gestorum est actio, *d. L.* 20. §. 1., si pro invito, nulla, *L. ult. C. de neg. gest.*

§. VII. & VIII. Fidejussio jure Romano stipulatio est, ejusque formulam dat Gajus *Inst.* II, 9. 2.: proinde olim expediri non poterat nisi Latine: quod de omnibus civilibus Romanorum negotiis jus erat. Tum obtinuit, ut Graece etiam recte conciperetur, §. 7. *h. t.*, ac *d. L.* 8. *eod.* Id *pridem receptum*, inquit Alexander in *L.* 12. *C. h. t.*, ubi *re pridem* referri debet ad tempora Sabini, ex cujus *scriptura* obtinuisse, Ulpianus tradit in *L.* 1. §. *ult. de V. O.*, *ut omnis sermo contineret verborum obligationem*. In summa de fidejussione omnino ita statue, uti de stipulatione. V. *Comm. nostr.* in §. 1. *de V. O.* Et secundum dicta de stipulatione in §. 17. *de inut. stip.* subdit §. 8. Tribonianus, si quis scripserit, se fidejussisse; videri omnia solenniter acta.

TITULUS XXI.

De litterarum obligationibus.

IN *L. obligationes* 1. §. 1., *L. ex maleficio* 4., *L. obligamur* 52. *de O. & A.* & *L.* 1. §. 1. *de novat*, quibus locis contractuum nominatorum species numerantur, *obligationis literarum* mentio nulla. Hinc profecta doctorum quorundam virorum opinio; id genus obligationem veteribus fuisse plane ignotam, & a Justiniano primum, aliove Imperatore, qui Justinianum non longa aetate praecesserit, introducta. Sed nae illi caecutiunt. Gajus *Inst.* II, 9. *pr.*, *Aut*, inquit, *re contrahitur obligatio*, *aut verbis*, *aut LITERIS*, *aut consensu*. Eodem pertinet *SCRIPTURAE proprietas* apud eundem Gajum in L. 2. §. 1. de O. & A. Adde Pauli locum in *L. non figura* 38. *D. eod.* Vetus quoque testimonium suppetit ex *Fragmento Regularum veteris cujusdam Jurisconsulti*, quem alii Gajum, alii Ulpianum (a) volunt; est enim ibi §. 7., *per SCRIPTURAM accipere*. Postremo in multis Digestorum locis *nominum* obligatio memoratur, *L. peculii* 4. *de pecul.*, *L.* 1. *de ann. leg.*, *L. Thelis* 41. §. *ult. de fideic. lib.*, quam eandem fuisse cum obligatione literarum, testis est hoc loco Tribonianus. Temperare mihi non possum, quin multo antiquius testimonium adscribatur. Verba sunt Tullii *ad Att.* IV, 18, *Pactio non verbis, sed nominibus, perscriptionibus, multorum tabulis facta*. Duplicem literarum obligationem proponit Trib., antiquam alteram, quae nominibus fieri dicebatur, jamque obsoleverat aevo Justiniani, alteram novam. In antiquam multo labore inquisitum a scientissimis quibusque Romanarum antiquitatum Viris; sed vix quidquam abstrusius. Romae olim numerabatur pecunia vel de mensa argentarii, vel ex arca, & domo creditoris. Quum numerabatur de mensa, obligatio nominibus contrahebatur per scripturam mensae sine ulla verborum solen-

(a) *De hoc Fragmento v. Cujacium Obs.* XIII, 31., & *XVII*, 20., *Goth. in manuali jur.*, & *in Bibl. jur. Rom.* II, 4., & *A. Sculting. Jurisp. Antejust. p. m.* 803.

solennitate, h. e., nominibus creditoris ac debitoris in suas tabulas per argentarium relatis: tum accedebat chirographum debitoris, quo certam a creditore pecuniam accepisse se de mensa argentarii profitebatur. Per chirographum illud probare creditor poterat, numeratam a se pecuniam debitori, & eo deperdito, per mensae scripturam. Haec testimoniis veterum Jurisconsultorum satis probantur omnia. Fragmenti, quod laudavi, incertus Auctor a stipulatione diserte separat scripturam, & Paulus *d. L.* 38. *placuisse*, ait, *non minus valere quod scriptura* (mensae) *quam quod vocibus lingua figuratis* (h. e. verbis stipulationum) *significaretur*. Porro Ulpianus in *L. qui tabulas* 27. §. 1. *de furt.* & *mensae scripturam*, & *chirographum* meminit, atque, utroque modo probari a creditore debitum potuisse. Quum vero creditor ex arca sua pecuniam numerabat, quid tum fieret, Paulus testatur in *L. Lect.* 40. *de reb. cred.*, *Lucius Titius scripsi, me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo: & haec quindecim proba recte dari Kalendis futuris stipulatus est Publius Maevius: spopondi ego Lucius Titius*. Accepisse se debitor suo chirographo profitebatur, cavebatque creditori in eum modum de pecunia numerata; sed interponebatur tamen stipulatio, quae redigebatur in scriptum: atque hinc actio *ex chirographo ex stipulatu*, uti dicitur in *L. ult. D. de doli mali*, & *met. except.* Utroque casu nomina quum debitoris tum creditoris inscribebantur: verum neutro per literas obligatio contrahebatur: non quum numerabatur pecunia de domo creditoris, quia tum stipulatio pariebat obligationem, neque quum numerabatur de mensa, nam nusquam scripturae mensae fit mentio, quin & pecuniae mutuatitiae fiat: at vero non ex mutui solum caussa, sed ex caussa emtionis conductionis, societatis, & alio quovis titulo factam literarum obligationem, locupletissimi testes sunt Gajus *Inst. II*, 9, 12., Arcadius in *L. pen. C. Th. de denunc. vel editione rescript.* (a), ac Theophilus hic. Est quidem Gaji locus aliqua parte corruptus, qua de re Schultingius in eum: sunt & mutila, quae Thophilus habet, qua de re Raevardus *Var.* III, 1. postremo satis Arcadio fuit rem suis temporibus vulgo perspectam vix attigisse; sed tribus iis locis collatis id plane constat, antiquam literarum obligationem fuisse prioris obligationis novationem scripto factam aut interventu novae personae, aut inter easdem personas, quod erit hoc eodem Libro explicandum XXIX. 3.: quo uno casu obligatio *literis*, uti Theophilus loquitur, *consistebat*, quum regulariter scriptura vim habeat probationis. Nomina autem, quibus ea fieri dicebatur, certe erant creditoris, ac debitoris, & quidni etiam testium tabulas subsignantium? Testes adhibitos in eam rem *viros ornatos*, ut verbo utar Senecae *de Ben* III, 15., h. e. Romae Equites, aliosque clari nominis viros, in Provinciis Duumviros, Decuriones, aliosque non ignobiles, quum Senecae testimonio, tum ex conjectura pulchre tradit Raevardus. Antiquam istam nova excepit obligatio literarum, seu obligatio privati chirographi, quo non numeratam, aut non integre numeratam pecuniam debitor adnumeratam sibi ex mutui caussa profitetur, nulla stipulatione interposita, si tamen is acceptae pe-

(a) *Alio, quam ad literarum obligationem, spectare Arcadium, singularis opinio est Jac. Gothofredi in d. L. pen.: qua de re videant alii.*

pecuniae professionem silentio legitimi temporis confirmavit, *h. t.* Id suo aevo *in syngraphis* factum *more institutóque Graecorum*, quum ceteris chirographis tantum vere gesta scribi solerent, Asconius scribit in *Verrin. de Praetura XXXVI*, 6. (b). Dixi, *privati chirographi*, id enim *literae* sunt apud Tribonianum quum hic, tum alibi: eoque sensu ab instrumentis separantur in *L.* 1. *C. de jurejur. propt. calumn.* Dixi, *ex mutui caussa*, namque hanc unam caussam exprimunt *L.* 5., & *L.* 7. C. *de non num. pec.*, quibus adde *L.* 11., si tamen ea interpreteris cum Duareno in *d. tit. C. cap.* 1. Num idem de aliis caussis jus sit, vetus, & gravis quaestio est. V. Cujacium, & Duarenum in *d. tit. C.*, Fabrotum in *Cujacii Parat. ad d. tit.*, Giphanium in *L.* 13. *C. eod.*, & Harpreëtum in *h. t.* Dixi, *silentio legitimi temporis*, in quo vis obligationis maxime posita est; etenim non ipsa creditae pecuniae professio statim inducit obligationem, sed ita demum, si intra certum tempus retractata non sit. Intra tempus quaeri de facto potest, puta, num adnumerata pecunia sit, nec ne: eo exacto non potest; ac sive sit adnumerata, sive non, qui scripsit, suis literis omnino obligatur, *h.* t., L. 8., & *L.* 14. *C. eod.*: quod exemplo rei judicatae, ac jurisjurandi intelligi facile potest. Ex Constitutione Aurelii (c), quae est sub *tit.* 1. *C. Hermog.*, tempus illud quinquennium fuit; nunc est biennium continuum ex Constitutione Justiniani in *L.* 1. *C. eod.*, intra quod exceptione non numeratae pecuniae tueri se debitor potest. Et quamvis regulariter debitor probare debebat exceptionem, *L.* 1. C. *de probat.*, tamen quod naturali ratione abnutivi probatio nulla est, *L.* 10. *C. de non num. pec.*; ejus exceptionis proprium est illud, ut *compellatur petitor probare, pecuniam esse numeratam*, L. 2. *C. eod.* At vero elapso biennio debitor, etiamsi sit pupillus, praestare cogitur, quod scriptura continetur, *L.* 8. C. *eod.* Quod satis multi putant, nihil interesse, num acceptae pecuniae professio privatis literis, an publico instrumento edatur, vereor, ne falsum sit. Certe Cujacius in *d. tit. C.* argumento ejus, quod de argentariis, qui publicam caussam habent, cautum a Justiniano est *Nov.* 137. & *Edict.* 7., si quis certam dari eis quantitatem caverit, exceptioni non numeratae pecuniae locum non esse, contendit, eam exceptionem contra publicum instrumentum non opponi, nisi falsum probetur. Jam quoniam non agente intra biennium creditore debitor exceptionem opponere non potest, praesto sunt duo remedia juris; alterum, ut protestetur, se pecuniam non accepisse, secundum ea, quae Justinianus habet *d. L.* 14.: qua protestatione in scriptum redacta, perpetua fit exceptio, L. 8. *L.* 9.

(b) *De* Syngraphis, *&* Chirographis, *quod utrumque genus scripturae uno* cautionis, *vel* securitatis *verbo exprimitur in Libris juris*, *v. Salmas. de mod. usur. c.* 10.

(c) *Quis iste* Aurelius? *Corruptam esse epigraphen quum in ea L.; tum in LL., quae tit.* 2. *ac tit.* 3. *subsunt, jam est a doctis viris animadversum, quod nullus Imperatorum solo* Aurelii *nomine sit appellatus. Sed facile tamen restituitur ex antiquis titulis, ubi est* Cajus Aurelius Valerius Diocletianus, *ac* M. Aurelius Valerius Maximianus. *V. Gruter. pag.* 159. 279. *&* 1079.

L. 14., & *Auth. hanc autem C. eod.*: alterum, ut chirographum suum condicat, *L. 7. C. eod.*, *L. ult. C. de condict. ex leg.* Videas, eam pactionem esse *contra fidem veritatis*, ut Asconius loquitur; mera igitur Juris Civilis ratione obligationem parit: ac tantum abest, ut hujusmodi obligatio naturalis sit, ut videatur potius a natura abhorrere, obligari eum, qui spe decipitur futurae numerationis, quique ea spe ductus scripsit, alias nunquam scripturus. Forte eam obligationem tanquam finem sollicitudinis ac periculi litium Civile jus induxit: quae inducendae usucapionis caussa fuit.

TITULUS XXII.

De obligationibus ex consensu (a).

Ait Tribonianus, *consensu fieri*, h. e. perfici *obligationes in Emtionibus, Locationibus, Societatibus, Mandatis*. Accedat his Emphiteusis ex Constitutione Zenonis *in L. 1. C. de jur. emphit.*, de qua multis *tit.* 24. Ideo autem consensu fieri dicuntur, quod ex solo partium consensu *substantiam capiat obligatio*, nec aut *scripturam*, *aut praesentiam*, aut rei dationem desideret, *h. t.* Vocabulo *scripturae* alludit Tribonianus ad obligationem literarum, quae praeter consensum literas requirit: vocabulo *praesentiae* ad verborum obligationem, quae non contrahitur nisi inter praesentes. Hinc quam Tribonianus *praesentiam*, Gajus *verborum proprietatem* dixit in *L. consensu 2. §. 1. de O. & A.* (b). Addit tanquam consectarium Tribonianus, talia negotia etiam inter absentes recte geri, *veluti per epistolam*, *vel per nuncium*, h. e., per solam epistolam, vel per solum nuncium; nam re quoque contrahitur obligatio per nuncium, si res tamen huic detur: quo sensu Paulus *L. Labeo 2. de pact.* duo haec opponit *convenire re*, *ac per epistolam*, *vel nuncium*. Demum inquit Tribonianus, in his contractibus *alterum alteri obligari in id*, *quod alterum alteri ex bono*, *& aequo praestare oportet*: h. e., ultro citroque obligationem nasci, qualem Jurisconsulti proprie *contractum* dixere, *L. Labeo 19. de V. S.*, eamque esse potius id, quod actum, quam in id, quod dictum sit, *L. sed Celsus 6. §. 1. de contrah. emt.*: *quum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur*, *alius promittat*, h. e., alter obliget, alter obligetur, &, quod

(a) *Sic in Vulgata*. *Alibi est*, de consensu obligationibus: *alibi*, de consensu obligationes *Descriptus est autem totus hic Titulus ex L. consensu 2, de O. & A.*, *atque ex Gajo Inst. II, 9.*; *sed aliquid Anianus*, *immutavit etiam aliquid Tribonianus*.

(b) *Pro iis* verborum proprietas, *quae sunt in d. L. 2. §. 1.*, *scriptum est sensu plane eodem apud Gajum Inst. II. 9.* solennitas, *puta*, *verborum*. *Bene Oisellius monet*, *genuinum Gaji verbum in d. L. 2. §. 1. fuisse* solennitas; *Tribonianum vero sublatis solennibus stipulationum verbis substituisse*, verborum proprietas: *quod is suo jure fecit*.

& , quod addendum , eatenus obligatio nascatur, quatenus lingua nuncupatum est , *L. quidquid 99. de V. O.*

TITULUS XXIII.

De emtione, & venditione.

PR. Tit. Originem emendi vendendique a permutationibus coepisse, Paulus scribit *L. 1. pr. de contrah. emt.*; experti enim homines, sola mercium permutatione suis provideri necessitatibus non posse, quum saepe uni deesset, quod item alteri, idemque utrique superesset, nummum reperere, *cujus publica, & perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia forma publica percussa usum, dominiumque non tam ex substantia praeberet, quam ex quantitate*: atque hinc emtio venditio, quae merce, & pretio constat, *d. L. 1. §. 1.* Permutatio ex re tradita initium obligationi praebet, sicque re contrahitur: emptio venditio nuda consentientium voluntate, *L. 1. §. 2. de rer. perum.*, quumque cogatur venditor rem praestare, emtor numos facere venditoris, *L. ex emto 11. §. 2. de act. emt.*; definiri emtio venditio potest contractus, quo id agitur, ut venditor mercem tradere, emtor vero certum dare pretium compellatur. Aliud est tradere, aliud dare. Qui dat, dominum facit: qui tradit, possessorem. In hoc contractu definiendo a multis peccatum, quos carpit Merillius *Obs. III*, 28. Contractam intelligi emtionem, ait Tribonianus, simul atque convenerit de pretio, &, quod velim addas ex *d. L. 2. §. 1.*, & *L. necessario 8. de peric. & commod. rei vend.*, etiam de merce. Numerari pretium, aut arram dari, nihil est necesse, *pr. h. t.* Fidem de pretio haberi, est satis, *L. quod vendidi 19. de contr. emt.*; & quod arrae nomine datur, eo tantum pertinet, ut evidentius probari possit, convenisse de pretio, *L. quod saepe 35. eod.* Si aut sub conditione fiat emtio, aut placeat, fieri scripto (a), non ante perfecta intelligitur venditio, quam aut impleta conditione, aut rite confecto instrumento, *L. haec venditio 7. eod.*, & *L. contractus 17. C. de fid. instr.* Confici autem instrumentum debet secundum Justiniani Constitutionem in *d. L. 17.*, quae sic habet, debere illud vel manu contrahentium scribi, vel, si sit ab alio privato homine scriptum, *a contrahentibus (b)* subscribi, quum nihil referat, num sua quis manu scribat, an alterius scripturae subscribat, *L. 1. §. 1. & 4. D. quod jussu*, modo suum ipsius negotium agatur, non alienum, *L. Gajus 39. de pign. act.*, *L. Titius 28. de resc. vend.*; vel si per tabelliones fiat, contrahentibus recitari, ac probari: quod est *completiones accipere*, atque

(a) *Vetus emtionis scripto perfectae formula prostat apud Balduinum hic.*

(b) *Male Theophilus, a vendente. Si quum venditio nudo consensu perficitur, utramque partem consentire, est opus, quum scripto perficitur, utramque subscribere, necesse est. Errant cum suo Theophilo Scholiastae Basilic. lib. 22. atque Harmenopolus III, 3. Et monere eos satis poterat τὸ contrahentibus apud Tribonianum.*

a partibus absolvi h. pr., & *d. L.* 17. Quod si perfectae nondum sint tabulae emtionis, hujus alterutrum impune poenitebit, nisi datae sint arrae (c), quas emtor deperdet, venditor reddet duplicatas, licet nominatim non sit adjectum, quid esset de arris futurum, *h. pr.*, & *L.* 17. Sed quo spectat illud Triboniani, *sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est?* Num datis arris abire emtione jure perfecta alteruter potest sola arrarum, duplive jactura? Ajunt non pauci, quibus fraudi fuit, τὸ *celebrata*. Verum illud accipi omnino debere, quasi scriptum, *celebrari coepta*, demonstrat quum regula illa juris, *renunciari semel constitutae obligationi, adversario non consentiente, neminem posse*, *L.* 5. *C. de O. & A.*, tum Constitutio ipsa Justiniani in *d. L.* 17., ad quam respicit *h. pr.* Tribonianus. Ibi est, *superfacienda emtione . . . non procedente contractu . . . qui vendere pollicitus est*. Multus in hoc argumento est Vinnius, quem adi. De rebus, quae numero, pondere, mensurave constant, ita jus est, ut si non *uno pretio & aversione* (d), sed in singulas amphoras, in singulos modios, in singulas libras, vel in singula corpora vendantur, non aliter perfecta venditio sit, quam si admensae, adpensae, adnumerataeve sint, quasi sub ea conditione venditio facta videatur, *d. L.* 35. §. 5.

§. I. Pretium debet esse certum. Hinc *imperfectum* esse negotium Gajo dicitur in *d. L.* 35. §. 1., quum emere volenti sic venditor dicit, *quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emtum*. Quid si pretium non in contrahentis, sed in alterius arbitrium conferatur sic, *quanti Titius aestimaverit*? Disputasse veteres, ait Tribonianus, constaret venditio, necne. Constare ajebant nonnulli, etiamsi Titius nihil vellet, aut posset arbitrari, quod Titii arbitrium non tam Titii, quam boni viri arbitrium videbatur: pretium autem boni viri arbitrio relictum, esse certum ajebant in bonae fidei judiciis, *L. si societatem 6. D. pro soc.*, *L. si in lege 24. D. locati*, ut & in testamentis *L.* 1. §. 1. *de leg.* 2., hoc est, quanti res esset ex communi hominum aestimatione: neque ullam venditioni in eum modum contractae conditionem inesse, quae, nihil

(c) *Arram Graeci Scholiastae definiunt* solutionem in antecessum factam, *hoc est, partis pretii dationem. Idem de ea re visum Varroni lib.* 4. *de L. L.*, Arrabo sic dicta, ut reliquum reddatur... a Graeco ἀρραβὼν, reliquum. *At illud tamen verbum Hebraicae originis esse, eaque origine pignus significare, operose demonstrat Salmasius de mod. usur. c.* 14. *Et vero Romae in emtionibus non numus solum, sed & annulus arrae nomine datus, L. cuicumque* 5. §. 15. *de inst. act. Hinc inter sponsalitias arras* annulus, *cujus arcessenda fortasse origo est a veteri coemtionis ritu, quo matrimonia celebrari, mos fuit Romanorum.*

(d) Uno pretio *vendere*, ac vendere aversione, *aut* per aversionem *prorsus idem, d. L.* 35. §. 5., *L. si quis vina* 4. §. 1. *de peric. rei vend.*, & *L.* 1. §. 15. *de exerc. act. Graeci lib.* 53. *Basilic.* τὸ per aversionem *in d. L.* 1. §. 15. *vertunt* ἐν ὁμάδι, in universo: *ac* τὸ aversione *in d. L.* 4. §. 1. Κόττω, alea. *Qui aversione vendunt, locantve, quasi aversi vendere, vel locare intelliguntur. Cujac. Obs. VIII*, 15.

hil arbitrante Titio, deficeret, quia neque conditio inest boni viri arbitrio, neque mora, d. L. 1. §. 1. Contra alii constare venditionem negabant, nisi Titius arbitraretur, quasi tacita inesset conditio, si is pretium definiret. Prioris sententiae supersunt adhuc vestigia in *L in compromissis* 45. *de recept. qui arbitr.*, *L. haec venditio* 7. *h. t.*, *L. in personam* 22. §. 1. *de R. J.*: posterioris in *L. si coita* 75. *D. pro soc.*, & *L. si merces* 25. *D. locati* : quam sententiam probavit Justinianus in *L. super rebus ult. C. h. t.*, ubi idem statuit de locatione conductione, quae multam habet cum emtione venditione adfinitatem. Justinianus utriusque opinionis auctores non laudat, vero tamen simile est, priorem Sabinianis, posteriorem rem Proculianis placuisse; Sabiniani enim in veterum verba jurabant, ut bene Merillius *Obs.* I, 13.; & *veteribus placuisse*, testis est Ulpianus *d. L.* 7. *h. t.*, quod certi hominis arbitrio datur, *magis in viri boni arbitrium id collatum videri*.

§. II. De eo quoque disputatum a veteribus fuit, num sine numis venditio consisteret, veluti, si quis togam daret, ut tunicam acciperet. Sabinus & Cassius esse emtionem venditionem putabant: Nerva & Proculus permutationem. Sabinus quosdam recitabat Homeri (e) versus de vino a Graecis aere, ferro, hominibusque emto. Ii sunt apud Paulum L. 1. §. 1. *h. t.*; sed ait tamen Paulus, iis permutationem potius significari. Et usurpat quidem Homerus verbum οἰνίζεσθαι, *vinum parare*, quod recte potest de permutatione intelligi. Magis pro Sabino facere subdit Paulus, quod alias idem Homerus scribit, πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν, hoc est, *emit possessionibus suis*. Et veriorem tamen esse addit Nervae & Proculi sententiam, *nam ut aliud est vendere, aliud emere: alius emtor, alius venditor; sic aliud est pretium, aliud merx, quod in permutatione discerni non potest, uter emtor, uter venditor sit*. Ad haec inquit Tribonianus, fuisse Nervam & Proculum aliis Homericis versibus adjutos; forte illis, quos laudat Paulus ex *lib. 6. Iliad.*, ubi Glaucus centum boum arma aurea cum aereis Diomedis armis novem boum dicitur permutasse. At frustra utrinque Homerus testis producitur, quum quia solent Poëtae metri caussa verbis abuti, tum quoniam Homeri tempore non dum secreta erat a permutatione venditio, teste Plinio *Hist.* XXXIII, 1. ubi, *Quantum*, scribit, *feliciore aevo, quum res ipsae permutarentur inter se, sicut Trojanis temporibus factitatum, Homero credi convenit. Ita enim, ut opinor, commercia victus gratia inventa*. Mirantur nonnulli, eundem Plinium emtitandi vocabulo mox uti, *Alios coriis boum, alios ferro captivisque rebus emtitasse tradit*; sed Cujacius, & Dalechambius reponunt ex MSS. *mutasse*. Quid si quis vulgatam lectionem verbi abusione tueatur? aut quid

(e) *Summa fuit apud Jurisconsultos Homeri, & Virgilii auctoritas. Loca Jurisconsultorum congessit Scipio Gentilis Parerg. ad Pand.* II, 3. *Quod pertinet ad Homerum, sit instar omnium ipse Justinianus; qui Praef.* 1. *D. in fine illum* omnis virtutis patrem *appellat*. *Ecquis miretur, quod Romani Jurisconsulti tantum ei tribuant, cujus uno versiculo victos ab Atheniensibus Megarenses, quum de Salamina insula contenderent, auctor est Strabo pr. lib.* 9.

quid si *emtimare* usurpatum a Plinio dicat pro *sumere* , *accipere* : quam fuisse antiquam verbi *emere* significationem , auctor est Festus ? Semper salva res erit. Praevaluit tandem Proculi sententia, *d. L.* 1. §. 1., eamque & Justinianus *I.* §., & *anteriores Divi Principes*, h. e., Diocletianus, ac Maximianus adprobarunt in *L. pen. C. de rer. perm.* Salmasio *de Usur. c.* 13. , ac Vinnio in h. §. , qui rationi magis consentaneam putant opinionem Sabini , vide qnid reponant Huber in *Eunom. Rom. ad lib.* 18. *Pand. p.* 647. , & Mascovius *de Sect. Sabin. IX* , 4.

§. III. Nunc de periculo, & commodo rei venditae. Proponit *h.* §. Tribonianus regulam hanc juris , perfecta jam venditione , h. e., ut primum de pretio convenerit, si pure , & sine scripto contrahatur : instrumento confecto, vel conditione existente , si aut scripto fieri placuerit , aut sub conditione ; etiamsi res adhuc tradita non sit , periculum omne & commodum sic pertinere ad emtorem , ut , licet res perierit, pretium solvere compellatur , nec augere pretium debeat , quod ea melior sit facta . Neque abludit hoc a naturali ratione , quum quia venditor , simul ac perfecta venditio est , rem animo abjicit , & abalienat, eamque emtori detinet, non sibi , tum quoniam jure naturae emtor rei adhuc non traditae jam est dominus, cui proinde sua res perit, & crescit. Quod vero jure Romano venditor ante traditionem dominus rei sit ; *h.* §. , hinc non consequitur, eo jure rem venditori perire , namque perit res domino , si idem sit dominus, & creditor : contra res quandoque perit non domino , si ei a domino debeatur, quia tunc non dominus creditor est , dominus debitor. Ita pignus debitori perit , *L.* 9. *C. de pign. act.* , quia is dominus & creditor pignoris est : e contrario res legata , vel promissa , licet non tradita , legatario vel stipulatori perit , non domino ; *L. si ex legati* 23. *de V. O.* Sed alia videtur fuisse Africani sententia in *L. si fundus* 33. *D. locat.*, *Si vendideris mihi fundum , isque prius , quam vacuus traderetur , publicatus fuerit , teneris ex emto.: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas.*. Et id aequius Cujacio visum *Tract.* 8. *ad Afric.*, ubi proponi in Institutionibus scribit juris regulas , quae sunt ex summo jure, in Pandectis autem res ad aequitatem diligentius exactas . Quoniam vero in *L. id quod* 7. , & *L.* 8. *de peric. rei vend.*, ac sexcentis aliis Pandectarum locis scriptum est , rem venditam , nec dum traditam periculo emtoris esse , id ita Cujacius accipit , ut pereat res emtori , non pretium: cui interpretationi vel unum oppono Juliani fragmentum in *L. quum emtor* 5. §. 2. *de resc. vend.* , *Mortuo homine* (vendito , sed non tradito) *perinde habenda est venditio , ac si traditus fuisset* : post traditionem autem quum homo , tum pretium emtori perit. De Africano judicium anceps. Num dissensere super ea re veteres Jurisconsulti ? Ita Burgius *Elect.* 13. At vero idem Africanus in *L. si soluturus* 39. *de solut.*, quae est ex eo ipso *Libro* 8. *Quaestionum* , unde *d. L. si fundus* 33. , mercem esse ait periculo emptoris, & hunc porro venditori pretium debere . Utriusque loci collatio facit, ut probem , quod Accursius adnotat, singulare jus esse , quod traditur in *d. L.* 33. Et ejus juris rationem , quae latuit Accursium , aperit A. Faber *Conject. II* , 4. Si res vendita in rerum natu-

ra prorsus non extet, emtori & res, & pretium perit, namque perfecta venditio est, & naturae ipsius impedimento nihil venditori reliquum est, quo tradat: si res sit adhuc in rerum natura, ex aliqua tamen extrinseca caussa nequeat tradi, aut venditor actiones, quas habet ad persequendam rem, cujus adhuc est dominus, emtori cedere paratus est, & liberatur: quod in specie servi, qui fugit, vel est furto subtractus, docet Tribonianus *h.* §. sub finem: aut nullas habet, quas cedat; ut in specie rei alienae venditae, de qua Gajus in *d. L.* 35. §. 4., vel specie fundi publicati, de qua Africanus: & tunc emtori res quidem perit, non pretium; quum enim non natura impedimento sit, quominus venditor tradat, recte potest alienam rem, fundumve publicatum ab iis, quibus est adsignatus, emere, ac tradere emtori. Expendit in suam sententiam Faber textum hunc Triboniani, ubi productis exemplis rei, quae aut omnino, aut ex parte desiit esse in natura, quum rei, tum pretii damnum emtoris esse dicitur. productis autem exemplis rei, quae abesse coepit venditori, sed est tamen adhuc in natura, compelli venditorem dicitur actiones cedere emtori. Omittitur casus; quum venditor actiones, quas reddat, nullas habet, quem Gajus, atque Africanus pertractant; sed satis constat ex eo §., interesse, num natura, an alia caussa tradi rem vetet. Fundum in specie Africani sola bellorum injuria publicatum pone; qualia exempla sunt in Virgilii *Eclog. I*, in *L. item si* 15. §. 2. *de R.V.*, & *L. Lucius* 11. *de evict.* Quod si vel malo venditoris merito, vel in communem usum publicatus sit fundus, alia ratione salvum emtori esse pretium debet, puta, ne culpa venditoris noceat emtori, neve venditor & ab emtore, & a fisco duplum accipiat, emtor autem & re & pretio careat: quod utrumque iniquissimum est. Aliorum de Africano judicia, quaeque multa ab aliis contra Cujacium edisseruntur, tacitus praetereo. V. Merillium *Variant. ex Cujac. I*, 26., Janum a Costa in *h.* §., Ottium *de Variant. Cujacii interpret. dispunct.* 26., & Noodtium in *Pandect.* XXVIII, 6. Haec vera sunt, si neque dolo, neque culpa venditoris pereat res, deteriorve fiat, *h.* §. Et generaliter, quum hic utriusque utilitas agatur, venditor culpam praestat, *L. si ut certo* 5. §. 2. *D. commod.*, & *d. L.* 35. §. 4. *h. t.*, nisi is *custodiam* rei usque ad traditionem susceperit, *h.* §., namque ita & periculum omne praestabi: ea vis pacti est, *L. contractus* 23. *de R. J.* Custodia proprie est diligentia, cui levis tantum culpa opponitur, *d. L.* 35. §. 4. Verum custodia hoc loco *diligentissima conservatio* est, uti Theophilus loquitur, & vero etiam continet periculi, & casus praestationem, uti rectissime Burgius *Elect.* 12., ea enim suscepta venditoris periculo esse, inquit Tribonianus, servi, qui veniit, fugam, furtumve, quae a nullo praestari, ait Ulpianus *d. L.* 23. *de R. J.* De custodia v. Jac. Gothofredum in *d. L.* 23.

§. IV. Contrahitur emtio aut pure, aut sub conditione, *h.* §., *L. haec venditio* 7. *h. t.*, *L. necessario* 8. *de peric. & comm* Conditionalis venditionis exemplum esto, *Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot*, *h.* §. At vero Gajus *d. L* 35. §. 1. *h. t.*, imperfectum esse negotium, inquit, quum emere volenti sic venditor dicit, quan-

quanti velis, habebis emptum. Video, sed hic pretium, utpote re lidum arbitrio contrahentis, certum non est: ibi est plane certum. Interdum pura venditio sub conditione resolvitur adjectis quibusdam pactis, quorum praecipua tria sunt. Unum est pactum addictionis in diem, cujus haec est formula, *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat*, *L. 1. D. de in diem addict.* Utrum vero pura esset hujusmodi emtio, quae sub conditione resolveretur, an potius conditionalis, quaesitum fuisse a veteribus, tradit Ulpianus L. *quotiens* 2. *de in diem addict.*, sed verius videri sibi addit, interesse, quid actum sit, nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emptio, quae sub conditione resolvitur: sin hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio adferatur, erit emtio conditionalis. Idem Paulo visum *L. 2. §. 4. D. pro empt.* Alterum pactum est, quod *commissoria lex* dicitur. Pacta sunt leges contractuum, *L. contractus* 23. *de R. J.*: & *legem* pro pacto dici vulgo exploratum. Est autem committere contra, quam lege, pactove cautum est, facere. Hinc *commissa* in *tit. D. de public. vectig. & commiss.* Legis commissoriae formulam habes in *L. 2.* & 4. *D. de leg. commiss.* *Si intra certum diem pecunia soluta non sit, fundus inemptus esto*. Hanc quoque venditionem magis esse, inquit Ulpianus *L. 1. eod.*, ut sub conditione resolvi, quam sub conditione contrahi videatur. Tertium est pactum de redimendo, i. e., ut venditori, heredive ejus, quum volet, aut intra certum tempus liceat pretio reddito rem ipsam recipere, *L. 2. C. de pact. int. emt. & vend.*: quod alterum esse legis commissoriae genus ex *L. statuliber* 38. §. 2. *D. ad L. Falcid.*, & ex Graecis in eam L. docet Fabrotus in *Cujacii Parat. ad d. tit. C.*

§. V. Postremo quoniam venditione id agitur, ut merx transeat ad emtorem, *L. quum manu* 80. §. *ult. h. t.*, patet, quae natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, qualia sunt sacra, religiosa, publica, vel homo liber, eorum nullam esse venditionem, *L. si emtione* 34. §. 1. *eod.* At enim scientem venditorem ab ignorante separat Pomponius in *L. & liberi* 4. *h. t.*, ubi, si res commercio exemta ab ignorante ematur, *intelligi emtionem*, scribit. Vero, sed *intelligi* non est valere, ita ut merx transeat in emtorem. Intelligi dicitur emtio, licet non valeat, si actio ex emto detur, quasi valeat: quo casu actio datur emtori ad id, *quod sua interest, deceptum non esse*, *h. §.* Rem totam enarrat Modestinus in *L. qui officii* 62. §. 1. *h. t.*, *Qui nesciens loca sacra vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur*. Ea his adde, quae habent Huber in *Eunom. ad lib.* 18. *Pand. p. m.* 651. & 652., & Noodtius *de form. emend. dol. mal. cap.* 12. De actionibus emti & venditi ne verbum quidem unum Tribonianus: nos pauca haec de iis. Quemadmodum aliud est emere, aliud vendere, *L. 1. §. 1. de contr. empt.*, ita aliud emti, seu ex emto actio, aliud actio venditi, seu ex vendito: haec venditori, illa proprie datur emtori. Sed *veteres in emtione venditioneque, ut & in locatione, & conductio-*

ctione appellationibus promiscue usos, scribit Gajus in *L. veteres* 19. ac L. 20. *de act. empt. & vend.*, h. e., emtionem pro venditione, emtorem pro venditore, actionemque emti pro actione venditi, itemque locationem pro conductione, locatorem pro conductore, actionemque locati pro actione conducti dixisse veteres, & contra ex natura relatorum. Exempla collegit Rad. Fornerius *rer. quot. IV*, 9. (*f*). Emti actione emtor soluto vel oblato pretio cum venditore agit, ut hic rem cum fructibus omnique caussa, eoque, quod ex culpa aut evictione interest, tradat, h. e., si corporalis res sit, vacuam tradat liberamque ejus possessionem, si incorporalis, caveat, per eum non fieri, quo minus emtor utatur. Actione venditi agit venditor adversus emtorem, ut hic pretium det, usurasque praestet post diem traditionis, ac sumptus in rem venditam factos, *tot. tit. D. de act. emt. & vend.*

TITULUS XXIV.

De locatione, & conductione.

PR. Tit. & §. IV. Locatio conductio est conventio utendi, fruendive, vel faciendi certa mercede. Ex verbis *utendi, fruendive, vel faciendi* intelligis, duplicem esse locationem, unam rerum, alteram factorum, seu operarum. Diversa utriusque ratio est. Quarum rerum commercium est, eae locari omnes possunt, *Servitutem* excipit Ulpianus in *L. locare* 44. *D. h. t.*, puta, praedii servitutem, qualis interdum sine alio addito *servitus* appellatur, *tit. D. de servitutibus*, ac *tit. C. de servitutibus, & aqua*: cujus juris ratio est, quod quum ea jus praedii sit, *L. quid aliud* 86. *de V. S.*, intelligi extra praedium non potest, L. *etsi forte* 6. §. 2. ac 3. *si serv. vind.* De usu dictum in §. 1. *de usu, & habit. lib.*2. Factorum autem locantur quaedam, non item alia. Artium liberalium dignitas facit, ut qui eas accepta pecunia exercent, non locare, sed *beneficii loco praebere operas* dicantur, *L. 1. si mensor fals. mod.*, nec merces eo nomine dari, sed haberi honos intelligatur: qua de re a nobis multo operosius actum *Obs.* I, 6. Aliorum operae verae locantur, si id agatur, ut locentur; interdum enim alia contrahitur obligatio. Rem Paulus tractat in *L. naturalis* 5. §. 2. *de praescr. verb.*; sed is tamen eam exemplis transigit. Regulae aliunde petitae hae sunt. Si certa mercede facis mihi aliquid in re mea, puta, si ex auro meo annulum facis, aut in tabula mea pingis, operae tuae locatio est, §. 4. *h. t.*, L. *Sabinus* 20.

 & L.

(*f*) *Cujacium, qui Obs.* IX, 15. *verbo uno immutato initio d.* L. 2. *id sibi velle Gajum putat, emptionem, & venditionem veteribus promiscue dictam locationem & conductionem, refellunt Joh. Robertus Controv.* I, 8., & 5., *ac Rad. Fornerius loc. cit. In* L. *si quis domum* 9. §. *si colonis* 3. *D. locat.* locatorem *recte interpretatur conductorem Jac. Gothofredus Animadv. jur. c.* 12., *sicque difficilem nodum juris feliciter expedit. Ita lectionem mutare, quod faciunt quidam, nihil est opus.*

& *L. convenit* 65. *de contrah. emt.* Si certa mercede facis aliquid in re tua, interest, num tua opera ad me veniat, an non. Si venit ad me, veluti, si annulum mihi facis ex tuo auro, aut mihi pingis in tabula tua, venditio est: quod tandem placuit contra Cassium (a), duo in ea specie contrahi negotia contendentem, materiae venditionem, operae autem locationem, *d.* §. 4., *d. L.* 20., *d.* L. 65., & L. *locatio* 2. §. 1. *D. locat.*: si ad me non venit, veluti, si do, ut servum tuum manumittas, contractus innominatus est, do ut facias, *d. L.* 5. §. 2. Si quid demum certa mercede facis in re neque tua, neque mea, veluti, si do, ut meo nomine Capuam eas, est quoque contractus innominatus, do ut facias, *L. si pecuniam* 5. *de condict. caus. dat.* In locatione perpetuum id est, ut locator sit, qui utendum, faciendumve dat, qui vero accipit, conductor. Qui eo differre a conductore locatorem putant, quod hic mercedem accipiat, ille det, eos merito ridet Cujacius *Obs.* II, 28. Et vero qui domum aliudve opus faciendum dat, certe is locat; qui accipit faciendum, conducit; & hic tamen accipit, ille praestat mercedem. Est autem id discriminis positum inter opus, & operas, ut qui conductor est operis, idem sit operarum locator, quique conductor est operarum, idem locator sit operis, L. *item si* 22. §. 2. *h. t.*, *L.* 1. *de aestim. act.* Nascitur hinc locati, & conducti actio: & locati quidem actio locatori, conducti vero conductori, datur, *pr. h. t.* In actionem locati veniunt possessionis rei locatae restitutio, mercedis solutio, & id quod interest, L. 25., & *L.* 28. *C. h. t.*: in actionem conducti usus rei, necessario, vel utiliter impensum, & generaliter quod interest conductoris, *L. si tibi* 7., *L.* 8., *L.* 9., & *L. dominus* 55. §. 1. *D. eod.* Emtioni proxima locatio est, iisdemque regulis consistit, namque uti emtio contrahitur, si de pretio convenerit, ita locatio, si convenerit de mercede, *pr. h. t.*, & *d. L.* 2. §. 1. *D. locat.* In emtione dicitur *pretium*, quod rei aestimatio est: in locatione *merces*, quae est pretium usus: quo sensu ea *pretium* quoque appellatur, *L. quod si* 28. §. 1., & *L. ea lege* 51. *h. t.* Dicitur quoque *pensio*, *reditus*, *redactus*, *canon*, *vectigal*, *emphyteuma*, de quibus Cujacius in *tit. C. de locat.*, & *Obs. IV.*, 26., ac Brissonius *de V. S.*

§. I. & II. Porro certa esse merces, ut pretium, debet, atque in certi hominis arbitrium conferri, ut pretium, potest. V. dicta in §. 1. *de emt. & vend.* Si rei usus nulla mercede detur, commodatum est, §. 2. *sup. quib. mod. re contr. obl.*: si opera gratis praestetur, mandatum est, §. *ult. inst. de mandat.*: si cui aliquid faciendum detur, puta, fulloni (b) polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta, ea lege ut de quanta dein convenerit inter contrahentes, tanta merces detur, innominatus contractus est, facio ut des, unde actio praescriptis verbis, §. 1. *h. t.*, *L. si tibi* 22. *de praescr. verb.* Demum consistere in pecunia numera-ta

(a) *Sentit cum Cassio Grotius de I. B. & O.* II, 12, 3.

(b) *Romae olim ingens fullonum numerus: hinc frequentissima eorum mentio in libris juris. In Legem Metellam de fullonibus commentatus sum aliquid Obs.* I, 1.

ta merces debet, ut pretium, *L.* 1. §. 9. *depos.*; *L.* 5. §. 2. *de praescr. verb.*: & quemadmodum olim quaesitum, an re cum re mutata venditio contraheretur, ita quaesitum inquit §. 2. Tribonianus, num usu rerum vicissim dato locatio esset: & placuisse, non locationem esse, quod non in pecunia merces consisteret, sed proprium genus contractus, puta, contractum innominatum, facio ut facias; unde item actio praescriptis verbis. Non me movet Diocletiani, & Maximiani rescriptum in *L. si olei* 21. *C. h. t.* de fructibus anni certa olei ponderatione locatis; nam singulare jus est in agris locatis, ut certa pars fructuum pro mercede sit. Id quum ex *d. L.* 21., tum ex L. 8., & L. 18. *C. eod.* luculentissime patet. Et fuit jus id Romae bene vetus. Temporibus belli Punici II. Campanum agrum *frumento locatum* a Flacco, Livius scribit *XXVII*, 3: estque Appianus testis *lib. 1. de bello Civ.*, veteres colonos sativa praedia parte decima, arboribus consita parte quinta, saltus autem certo pretio in pecorum capita conduxisse. Addunt vulgo locum Plinii *Ep.* IX, 37. de praediis *non numo*, sed *partibus* (fructuum) *locandis*. Verum comperiet, qui totam illam Epistolam legerit, agi eo loco de partiario colono, quicum coeunda societas erat. Posse autem cum partiario colono aut locationem, autem societatem contrahi, si alterutrum agatur, ex *d. L.* 21., & ex L. *quum duobus* 52. §. 2. *h. t.* docet Cujacius, quem a nota Merillii Osius vindicat *de variant. Cujac. interpret. dispunct.* 24. Singulare jus illud principio moribus stetisse, tum Lege comprehensum, puto. Certe vero, si quid judicare possum, utilitas contrahentium sive mores, sive Legem suasit. Saepe necesse colono erat praemature, ac vili fructus vendere, ut redactam inde pecuniam fundi domino inferret: quod & colono, cui pars reditus peribat, & ipsi domino colonum in sequentes annos pauperiorem experturo damnosum erat. Saepe etiam colonus festinatae frugum venditionis damnum metuens pecuniae solutionem caussando ducebat in longum, magisque expediebat domino partem fructuum capere in usus suos, quam pecuniae spe diu falli. Actionis praescriptis verbis bis factam hoc titulo mentionem vides. Ea est ex contractibus innominatis, & praescriptis verbis actio dicitur: quod *praescriptis verbis rem gestam demonstret*, uti Alexander inquit *L. quum mota* 6. *C. de transact.* Aliae actiones quum ex contractibus sint, qui proprium nomen habent, solo nomine ex ipsis contractibus sumto rem gestam demonstrant, veluti, actiones commodati, depositi, emti venditi, locati conducti &c.: nostra haec, quoniam demonstrare rem nomine solo non potest, id facit διηγηματικῶς, seu ipsa facti narratione: unde & *in factum* actio appellatur, *L. 1. de praescriptis verbis*, *& in factum actionibus*, ubi τὸ *&* sonat idem quod *hoc est*. Confirmat haec Papinianus *d. L.* 1., *Nonnunquam evenit, ut cessantibus vulgaribus actionibus*, (i. e. usitatis nominibus actionum, uti Cellsus loquitur *L.* 2. *eod.*) *quum proprium nomen* (actionum) *invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur*. Ideo autem actor praescriptis verbis agere dicebatur, quod quum certum deficeret nomen, mos esset praescribi. h. e., ante scribi a litigatoribus, vel, quod certe frequentius, ab aliquo Jurisconsulto verba negotium

 enar-

enarrantia, tum dari judicium ex eis. Vide Hotomanum in §. 2. *h. t.*; Merillium *Obs.* VIII, 16. & Brissonium *de Form. V*, *p.* 385. Clarior res fiet exemplo, quod ex L. *si gratuitam* 17. §. 3. *eod.* proponit §. 2. Tribonianus. Unum ego bovem habebam, & vicinus unum. Placuit inter nos, ut per denos dies ille mihi, & ego ei bovem commodaremus, ut opus faceret. Negotium hoc commodatum non est, quod gratuitum non sit: neque locatio conductio est, quod non interveniat merces. Igitur quum deficiant actiones commodati, & conducti, aliaeve proprium nomen habentes, praescriptis verbis agendum est.

§. III. Jam vero venditionem locationi, & hanc illi finitimam esse, argumento est vetus Jurisconsultorum disceptatio, venditio ne, an locatio esset, si cui praedia perpetuo fruenda traderentur ea lege, ut quamdiu annua pensio persolveretur domino, jus potestasque huic non esset ab illo sive emtore, heredeve ejus, eove, qui in illius locum successisset, praedia avocare. Et videri locatio poterat, namque eo contractu non id agebatur, ut dominium soluto semel certo pretio transiret, quod venditione agitur, sed ut constituta certa pensione annua transferretur ususfructus. Poterat venditio videri, quod is, qui praedia accipiebat, non solum iis uteretur frueretur, sed & ea in heredem, aliumve quemlibet sive venditionis, sive donationis, sive alio quovis titulo transferret, data illi utili in rem actione, L. 1. §. 1. *D. si ager vectig.* (c). Fortasse quidam neutro inclinabant. Et locatio quidem non erat, quum quia jus transferebat multo plenius usufructu, tum quoniam Romani non in perpetuum, sed ad diem certum, & plerumque ad quinquennium locabant, unde quum de locato & conducto agitur, haud infrequens mentio *quinquennii*, seu *lustri*. Ulpianus in L. *si quis nec caussam* 4. §. 1. *de reb. cred.*, Callistratus in L. *non intelligitur* 3. §. 6. *de jur. fisc.*, Plinius *Ep.* VIII, 36. V. Pancirolum *Var. lect.* I, 95. Non erat item venditio, nam vere dominium non transibat, *d.* L. 1. §. 1. Tandem contractum illum proprium esse genus contractus inter locationem, & venditionem medium definivit Zeno L. 1. C. *de jur. emphyt.* Qui emphyteusin a Zenone institutam putant, nae ii probe errant. Nomen *emphyteuseos* Zenone antiquius est, ac refertur vulgo ad aetatem Constantini: contractus inde usque a temporibus Reip. liberae celebratus apud Romanos: dictusque initio *vectigalis ager*, qui coepit subinde *emphyteuticarius* appellari: unde titulus *D. si ager vectigalis*, *i. e.*, *emphyteuticarius petatur*: eratque tum *vectigal* non aliud quam *pensio*, seu *canon*, L. 2. *D. eod.*: nisi quod vectigales agri principio erant tantum publici, h. e., Populi Romani, de quibus Burmannus *de vectigal. c.* 1.: deinde etiam Civitatum, de quibus *d. tit. D.*: emphyteuticarii vero sunt etiam privatorum. Quid quod eum contractum antiquissimi mortalium novere? V. *Genes.* XLVII, 24., Thucyd: *lib.* 3., Aristotel. 2. *Oeconom.*, & Joseph. *Antiq. Judaic.* II, 4. Est autem emphyteusis a Graeco *ἐμφυτεύω*, *insero*, *implanto*, quod primum inculti agri in emphyteusin dati, quo industria fierent meliores: sed proceden-

(c) Id jus utile dominium *dictitant*, *de quo v. Ulricum Huberum Animadv. ad jus in re c.* 14.

cedente tempore pro cultis quoque agris, & vero etiam pro urbanis praediis contrahi emphyteusis coepit, *L. si finita* 15. §. 26. *de damn. infect.*, & *Nov.* 120. *c.* 1. §. 2. Emphyteuseos multae sunt proprietates. Proponit hanc unam ex Zenonis Constitutione Tribonianus, ut si res tota perit, domino pereat, si vero pars, emphyteutae, qui nihilominus canonem integrum praestabit; in emphyteusi enim solvitur pensio in recognitionem dominii, non pro fructibus, ut in locatione, *L. ex conducto* 15. §. 2. ac 3. *D. locat.* Aliae proprietates hae sunt. Emphyteusis consensu constat: scripto opus non habet, quum bonae fidei sit. Paulus *Sent.* II, 17. 14. Neque obloquitur Zeno in *d. L.* eo verbo, *scriptura interveniente*; nam licet interdum ablativi *absoluti* necessariam conditionem inducant, *L. ab emtiove* 58. *de pact.*, quod unum est fecus sentientium argumentum; interdum tamen ipsum factum designant, *L.* 14. *de testam. milit.* Porro traduntur *praedia perpetuo* fruenda: unde *jus perpetuarium* in *L.* 1. *C. de off. Com. sacr. Palat.*, & *perpetuarii conductores* in *L.* 1. & 3. *de locat. praed. civ. lib.* 11.: quandoque etiam ad tempus, *L.* 3. *si ager vectig.*, dum tamen *non ad modicum*, *L.* 1. §. 4. *de superfic.* Ad haec emphyteuta solvere pensionem cessante per triennium; aut, si res Ecclesiastica in emphyteusin sit data, per biennium, domino avocandi praedii jus erit, nisi secus convenerit inter eos, *L.* 2. *C. de jur. emphyt.*, *Auth. qui rem C. de SS. Eccl.* Postremo si velit emphyteuta jus suum in alium transferre, denunciare id domino debet: nisi denunciaverit, jure suo cadet, *L.* 3. *C. de jur. emphyt.* Denunciatio autem eo pertinet, ut si emphyteuta jus suum vendat, dominus intra duos a denunciatione menses tantundem offerens praeferatur: si vero permutet, aut donet, dominus novum emphyteutam accepto laudimio, seu quinquagesima pretii parte, in possessionem admittat, *d. L.* 3.

§. V. Jam quid praestare conductor debet? Omnia *secundum legem conductionis*, h. e., secundum pacta conductioni adjecta, *h.* §., & *L. si merces* 25. §. 3. *h. t.*, licet aliquid contra morem *specialiter sit actum*, *L. sed addes* 19. §. 2. *eod.*: ac si quid in lege sit praetermissum, ac praestandum ex bono & aequo videatur, id etiam praestabit, *h.* §. Praeterea talem ab eo custodiam requirunt Gajus *d. L.* 25. §. 7., ac Tribonianus hoc loco, *qualem diligentissimus paterfam. suis rebus exhibet*. Num igitur is culpam levissimam praestat? Tò *diligentissimus* id sonat omnino. Et tamen quod in hoc contractu utriusque utilitas vertitur, quodque in *L. si quis domum* 9. §. 3., *L. videamus* 11. §. 3., *L. item quaeritur* 13., *L. in navem* 31. *h. t.*, multisque aliis locis juris conductor teneri dicitur *culpae* nomine, nihil magis abnorme debet videri, quam quod a Gajo ac Triboniano traditum est. Vide, si lubet, nostras *Obs. jur.* III. 2. De Gajo ac Triboniano Cujacii judicium hoc est, eos superlativo illo obiter usos, nec novum esse superlativum pro positivo usurpari, & contra: cujus rei exempla aliquot profert, de quibus in *Obs. nostr.* ibidem:

TI-

TITULUS XXV.

De societate.

PR. Tit. Societas contractus est, quo res aut operae duorum pluriumve in commune conferuntur, ita ut commune sit lucrum, aut damnum. Ejus duas facit species Tribonianus, alteram *totorum* (a), h. e., omnium bonorum, qua *specialiter* (verbum est Pauli in L. *ea vero* 3. §. 1. *D. pro soc.*) i. e., expresse id agitur, ut *omnes fortunae conferantur* (verbis utar Auctoris Declamationum *Decl.* 320.) *omnes casus misceantur, & compositum patrimonium habeat conditionem unius* : alteram certae alicujus negotiationis, veluti *mancipiorum emendendorum, vendendorumque* (b). Poterat Tribonianus inter utramque speciem duas alias interserere, alteram partis bonorum tantum, alteram *universorum, quae ex quaestu veniunt* : quae coita intelligitur, quum non specialiter omnium bonorum contracta societas est, L. *coiri* 7. *eod.* Venit autem ex quaestu, quod *ex opera cujusque descendit*, L. *quaestus* 8. Si quid vero non industria hominis, sed ob meritum aliquod accedit, ut hereditas, legatum, donatio, id in quaestum non venit, *L. nec adjecit* 9. *h. t.*

§. I. II. & III. Dixi, in societate id agi, ut commune sit lucrum, ac damnum. Si de partibus lucri & damni nihil nominatim convenerit, eae aequales sunt, §. 1. *h. t.*, & L. *si non fuerint* 29. *eod.*: nec referre, par, an impar collatio sit, arbitratur Connanus *Comm. VII*, 13., cui subscribunt nonnulli ea ratione, quod sit societas species quaedam amicitiae, quae *pares aut accipit, aut facit*, uti est in *Sententiis* P. Syri *v.* 25.: unde Auctori Declamationum *ibid.*, & Ulpiano in L. *verum* 63. *h. t.* quaedam *fraternitas* dicta. Sed geometricam, seu comparatam proportionem in societate spectandam, & generaliter Jurisconsultos arithmetica fere nunquam usos, jam est demonstratum a Grotio de *J. B.*, & *P. I*, 1. 8., & Coccejo *Disp. de proport.* Et vero aequum est, qui plus contulit, eum plus ferre, *L. quid enim* 80. *h. t.* Adscripta P. Syri sententia amicitiam spectat, quam sapientia, & virtus, non quam conciliat utilitas. De hac v. Aristotelem *de Rep.* III, *de Morib. VIII*, *c. ult.* : de illa Tullium *de Amicitia* XIX, 69. At si expressae sint partes, servandum, quod placuit, *d.* §. 1., ac *d.* L. 29. Referenda est huc vetus illa controversia, num valeret conventio, ut unus ex sociis duas lucri partes, dam-

(a) Totum *in libris juris quandoque est omne*. *L. procurator* 63. *de procurat.*

(b) *Societas haec frequentissima olim Romae ob ingentem servorum numerum, qui idcirco* venales *dicti*, L. *socium* 60. §. 1. *D. pro soc. Hinc* grex venalium *apud Plautum Aulul.* III, 3. 4. *Hinc* venaliciarii *servorum venditores in L. justissime* 44. §. 1. *de Ædilit. edict.*; *& horum vita* venalicaria, L. *suos* 73. §. 4. *de leg.* 3. *Erant venales mercis loco, & legato servorum* suorum *non cedebant, quia possidebantur in horas, atque adeo in momenta, d.* L. 73. §. 4.

damni tertiam haberet, alter duas damni, tertiam lucri. Negasse Mucium Scaevolam, inquit Tribonianus §. 2., quod contra naturam societatis ea pactio videretur; sed affirmasse Servium Sulpicium (c), quod saepe quorundam tanti sit opera, ut justum sit, eos conditione meliore in societatem admitti: ac tandem Sulpicii sententiam praevaluisse. Igitur Sulpicius eam pactionem tum demum probavit, quum alter pecuniam, alter cum pecunia operam confert. Eam in hunc omnino sensum admisit Ulpianus *d. L. 29.*, *Si placuerit, ut quis duas partes, vel tres habeat, alius unam, an valeat: Placet, valere, si modo aliquis plus contulit societati vel operae, vel cujuscumque alterius rei*. Porro ita coiri posse societatem constat, ut alter pecuniam, alter meram operam conferat, & commune utrique sit lucrum, quia saepe opera alicujus pro pecunia valet, *d. §. 2.*, *L. quum duobus 52. §. 2.*, & *L. 1. C. h. t.* Protritum est illud Plauti *Asin. I, 3. v. 20.*, *Par pari datum hostimentum est, opera pro pecunia*. Interdum tanta unius opera est, ut plus societati conferat, quam pecunia: quo casu contra Scaevolam obtinuit, posse convenire, ut unus lucri partem ferat, de damno autem non teneatur, *d. §. 2.*, ac *d. L. 29.*: quod tamen sic accipit Tribonianus, ut, si in alia re factum sit lucrum, in alia illatum damnum, compensatione facta, solum quod superest, intelligatur lucro esse. Ita non intelligitur damnum, nisi omni lucro deducto, *d. L. 80.* Illud iniquissimum genus societatis esse, ait Ulpianus *d. L. 29.*, *ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet*: puta, si convenerit, ut alter lucrum tantum sentiat, alter solum damnum: quam societatem Cassius *leoninam* dictitabat, certe ab apologo leonis, & vulpis apud Phaedrum *fab. 5.* V. Scipionem Gentil. *Parerg. ad D. II, 24.* Quod si in solo lucro expressa pars sit, non item in damno, & contra, in ea caussa, in qua omissa pars est, omnino eadem repetita intelligitur, *§. 3. h. t.*; est enim par ratio utriusque, & secundum naturam est, ut qui sentit damnum, sentiat & lucrum, *L. 10. de R. J.*

§. IV. usque ad VIII. Certis modis dissolvitur societas. Primus est sociorum dissensus, quum nihil tam naturale sit, quam eo genere quidque dissolvi, quo obligatum est, *L. nihil 35. de R. J.* Habet tamen societas aliquid proprium, & peculiare; nam ceteri contractus tum demum contraria voluntate distrahuntur, quum eadem est voluntas omnium, & res adhuc est integra, h. e., quum nihil eorum, quae praestari debent, est adhuc praestitum, *L. ab emtione 58. D. de pact.*; at vero ubi de societate agitur, etiamsi res desierit esse integra, i. e., jam collata in commune sint bona, potest vel unus e sociis abire e societate, ut ut alii dissentiant, *§. 4. h. t.*, & *L. actione 65. §. 3. eod.* Ex arte juris loquitur Seneca *Ep.*, *Quum visum fuerit, distraham cum illo societatem.* Haec adeo vera sunt jure Romano, ut quamvis inter socios convenerit de societate...

(c) *Affirmavit id Sulpicius in Libris* Reprehensorum, *seu* Notatorum Scaevolae, *de quibus Gellius Noct. IV, 1.*, *& Paulus in L. Mucius 30. h. t. Is a Scaevola objurgatus de imperitia juris Civilis operam Legibus dedisse perhibetur, L. 2. §. 43. de O. J.: Forsasse istius contumeliae impatiens eos Libros scripsit.*

cietate *in perpetuum* coeunda, (*in perpetuum* hoc loco est, dum socii vivunt, *L.* 1. *h. t.*: idemque est in *L.* 4. *de procurat.*) & porro quamvis convenerit, ne cui liceat discedere e societate; nihilominus integrum cuique sit disrumpere societatem, *L. nulla* 70. *h. t.* Hujus juris ratio est, quod societas species quaedam amicitiae sit, cujus ingenium id est, ut coli nequeat ab invitis, sitque semper liberum cuique eam dissociare. Atque ita factum a Graecis aeque ac a Romanis. Hi pariter cum illis publice ac privatim amicitiis renunciabant, & inimicitias indicebant. De Graecis illustre testimonium extat Lysiae *Orat.* 7., quod describit Boxhornius in *Tacit. Annal. II*, 70. De amicitia apud Romanos publice renunciata Livius *XXXXIII*, 12.: de amicitia privatim renunciata Suetonius in *Aug. c.* 63., ac Tacitus *ibid.* Qui plura cupit, eum rejicio ad Durantium Casell. *Var. V*, 15., Lipsium, & Gronovium in *Tacit. loc. cit.* Exemplo igitur amicitiae Romani socio dedere e societate, quum e re sua futurum prospiceret, resilire. Et diserte Diocletianus & Maximianus in *L.* 5. *C. comm. div. neminem posse*, ajunt, *in societate compelli invitum detineri*: atque id ipsius interest societatis; numnam enim societati utilem speres eum, qui in societate invitus manet? ecquid ab eo expectes, nisi contentiones, ac turbas, *quas materia communionis solet excitare*, ut in simili specie Papinianus inquit *L. quum pater* 77. §. 20. *de leg.* 2.? Quod autem omnia veteres certis ac solennibus formulis agebant, facile adducor ut credam, societates olim certa aliqua solennique formula distractas. Diremtae societatis formulam dat Petronius Arbiter *satyr.*, quam tamen videtur ipse confinxisse, *Ascylte, intelligo nobis convenire non posse: itaque comunes sarcinulas partiamur, & paupertatem nostram privatis quaestibus tentemus expellere*. Sed arbitrium illud socii non est adeo latum fusumque, ut non debeat intra aequi bonique modum coerceri. Et interest quidem, num socius tempestive, & bona fide, an intempestive & dolo malo abrenunciet societati. Si prius, vis omnis solvitur obligationis: si posterius, quod post renunciationem coeperit detrimenti, totum sentiet solus: quod autem compendii fecerit, id tenebitur communicare, perinde ac si in societate mansisset: contra vero si quid ceteri socii damni lucrive senserint, veniet quidem is in partem damni, non item lucri, *d.* §. 4., ac *L. actione* 65. §. 3. & 5. *h. t.* Intempestivae renunciationis exemplum hoc esto, *si emimus mancipia inita societate, deinde renuncies mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit*, *d. L.* 65. §. 5. Venales servi non numero dividebantur inter socios, ubi distrahenda societas erat, sed auctione vendendi producebantur, & non socii modo, sed extranei etiam accedebant, *L.* 3. *C. comm. div.* Igitur si socius societati renunciaret, quo tempore servos vendere non expediebat, forte quod illato per mangones in urbem immani venalium grege pretium viluisset, importuna renunciatio dicebatur. Dolosae renunciationis exemplum esto, *si quum omnium bonorum societatem inissemus, deinde quum obvenisset uni hereditas* (delata, nec dum quaesita hereditas proprie dicitur obvenire, *L.* 130. *de V. S.*) *propter hoc renunciavit*, *d.*

L. 65.

L. 65. §. 6., ac d. §. 4. h. t. Secundus est socii mors; non enim, ut ceterae obligationes, societas transit ad heredem, §. 5. h. t., & L. *societatem* 4. §. 1. *eod.* Et vero in coeunda societate certi hominis fides atque industria spectantur, quae pereunt cum eo. Ratio haec facit, ut non videatur a naturali justitia abhorrere, societatem morte finiri *(d)*. Solam excipe societatem vectigalium, quae publicae utilitatis ergo ad heredem transit, L. *adeo* 59. *h. t.*, cui non obstat L. *verum* 63. §. 8. ex sententia Jac. Cujacii *Obs. X*, 25., contra quem frustra disputant Faber in d. L. 59., Janus a Costa in h. §., & Oiselius in Gaji *Inst.* II, 9. 17. Tenetur autem heres socii, quamvis ipse socius non sit, ea, quae per defunctum inchoata sunt, expedire, & perficere, L. *heres* 40. *h. t.*, ac proinde competit in eum actio, ut bonam fidem praestet & culpam, L. *nemo* 35., & L. 36. *eod.* (e). Quod vero mortuo socio plures supersint, id non facit, ne ejus mors solvat societatem, quia potuit haec illius contemplatione a pluribus coiri, *nisi aliter convenerit*, d. §. 5.: quorum sententia est, conveniri posse, ut maneant in societate, qui supersunt, non ut in ea heres maneat, d. L. 35., ac d. L. 59. Intereunt autem homines non naturali tantum morte, sed & maxima vel media capitis deminutione, L. *societatem* 4. §. 1., & d. L. 63. §. *ult.*: quo spectat illud Pauli in L. *actione* 65. §. 11., ac Triboniani §. 7. *h. t.* publicatione universorum bonorum distrahi societatem, quum in socii locum alius succedat. Nempe de socio loquuntur aut in servitutem dato, aut deportato, cujus bona rediguntur in fiscum, L. 1. *de bon. damn.* Tertius est egestas, ad quem quoque modum referri publicatio potest; sed illa multo patet latius. Et Paulus quidem d. L. 65. §. 1., ac Tribonianus §. 8. exemplum afferunt socii, qui bonis cessit, quae tum creditores distraxerunt. Quartus est negotii finis, si contracta certae rei societas sit, §. 6. *h. t.*, ac d. L. 65. §. 10.

§. IX. Nascitur ex hoc contractu actio *pro socio* utrinque directa quum omnium sociorum par esse conditio debeat. Ea *nominum rationem habet, & adjudicationem non admittit*, L. *si actum* 43. *h. t.* Nomina sunt praestationes personales: adjudicatio est bonorum divisio, quae adjudicatione fit. Docet id Paulus L. 1. *D. comm. div.*, *Pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem*, quod perinde esse accipiendum, quasi scriptum ' *ad personales praestationes pertinet, non ad communium &c.*, demonstrant adscripta modo verba d. L. 43. Τὸ *Magis* quandoque comparativum non est, L. *jubere* 4. *de jurisd.*, L. *si vero* 6. §. 3. *si servit. vind.*, L. *et si* 12. §. 12., & L. *inter* 26. §. 6. *mandat.* Ad dividendas res actio datur communi dividundo, quae mixta est, §. 20. *de act. lib.* 4.: pro socio actio, quae est in personam, tantum pertinet ad personales invicem praestationes, quae in lucro, damno, atque impensis versantur. De his late Noodtius in *D. XVII*, 2. In id unum inquirendum restat, num socius socio eo

(d) *Male igitur Grotius esse id juris Romani proprium contendit de J. B., & P.* II, 16. 16. 4.

(e) *In L. 36. h. t. v. Obs. nostr.* I, 7.

tantum nomine teneatur, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est, an etiam culpae. Et fuit id olim quaesitum, *h.* §., & L. *quum duobus* 52. §. 2. *h. t.* Qui socium de dolo tantum teneri arbitrabantur, id, puto, urgebant, quod socius non invitus socium accipit, sed prudens eum sibi socium adsciscit, ac pro parte dominum, cui proinde in re sua licet esse negligentem, ut si qua ejus culpa nocitum societati sit, de se queri debeat, qui desidem socium eligit. Qui socium levis quoque culpae reum esse ajebant, communis utriusque contrahentium utilitatis argumento utebantur: quod tandem placuit, *h.* §., & *d. L.* 52. §. 2. Quin satis est, socium talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem adhibet suis: quique parum diligentem socium adsumit, id sibi debet vitio dare, *h.* §. In L. *quod Nerva* 32. *D. depos.* v. nostras *Obs. juris IV*, 2.

TITULUS XXVI.

De Mandato.

PR. Tit. §. I. usque ad V. Mandatum est conventio, qua quis rogatus alienum negotium suscepit gratuito gerendum. Quod semper fuit manus fidei sacra, manuque data suam homines adligarunt fidem, qua da re non ineleganter Ev. Otto *Jurispr. Symbolic. Exerc.* 2.; probabile fit mihi illud Isidori *Orig. IV*, 24., mandatum inde dictum, quod olim in commisso negotio alter alteri manum daret. Hinc in Plauti *Captivis II.*, 3. Tyndaro ita roganti, *Haec per dexteram tuam, te dextera retinens manu*, *Obsecro* respondet Philocrates, *Mandavisti satis*. *Satin' habes, mandata quae sunt, facta si refero?* Hinc mandare Graecis dicitur ἐγχειρίζειν. Mandatum originem trahit ex officio, atque amicitia, *L.* 1. §. 4. *D. mand.*: quodque de precario scriptum est in *L. interdictum* 14. *D. de precar.*, initio nullam eo nomine juris Civilis actionem fuisse, quum precarii conditio magis ad beneficii, quam ad negotii contracti caussam spectaret, idem haud inepte dixeris de mandato. Tum fide paulatim labente in civile negotium abiit, quod mandatarii periculo contraheretur. Sed vetus ingenium non exuit omnino, estque adhuc intra officii, atque amicitiae fines: quo fit, ut quum verbis exprimitur, haec esse debeant precaria., ut *rogo*, *volo*, *mando*, *d. L.* 1. §. 2. Mandatum quinque modis contrahi, ait *pr. h. t.* §. Tribonianus ex Gajo in *L.* 2. *D. h. t.*, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet; sive sua & tua, sive aliena tantum, sive sua & aliena, sive tua & aliena. Singularum specierum exempla supponit Tribonianus, quorum nonnulla egent interprete. Tale est exemplum illud secundae speciei, si volenti tibi cum aliquo agere ex fidejussoria caussa, mandet is, ut cum reo agas periculo suo, §. 2. *h. t.* Explicari exemplum hoc debet ex veteri jure, quo poterat fidejussor non excusso principali reo a creditore conveniri, L. 5. *C. de fidejuss.*, post mandatum autem judicio liberabatur: creditor vero si semel elegerat reum, agere amplius non poterat cum fidejussore: quod mutavit Justinianus in

L. 28.

L. 28. C. eod. tit.: at si mandatu fidejussoris cum reo ageret, quod minus servatum a fidejussore, mandati actione consequebatur, *L. si mandavero* 22. §. 2. *h. t.*. Cujacius *Obs.* XXIII, 25. Tale est etiam illud, si tibi debitor mandet, ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi delegeт id id, quod tibi debuerat, *d.* §. 2. Agitur hic mandantis utilitas, sublata per delegationem priore obligatione: agitur quoque utilitas creditoris, quia cum novo creditore experitur, salva ei actione mandati, si quid non fuerit servatum *d. L.* 22. §. 2., & *L. si mandatu* 45. §. 7. & 8. *h. t.* Porro subdifficile est exemplum tertiae speciei in §. 3. *h. t.*, ac *d. L.* 2. §. 2., si tibi quis mandet, ut Titii negotia geras; quid enim magis incivile, quam curare aliena? aut quid tam protritum in jure nostro, quam illud, neminem posse ex quavis caussa agere, nisi eum, cujus interfuit, *L. qui fundum* 32. *D. locat.*, §. *alteri* 19. *sup. de inut. stip.*? Rem acu tetigit unus Cujacius in *h.* §., ubi ait, hoc casu agere non posse mandantem, ut mandatum impleatur, quia ejus id nihil interest: at impleto tandem mandato utrinque actionem nasci, quia is qui mandavit Titii negotium geri, huic negotiorum gestorum nomine obligatur, *L. nam & Servius* 21. §. 3., & *L. si quis mandatu* 28. *de neg. gest.*, sicque quum ejus intersit, jure agit mandati. Non igitur est opus, ut initio mandantis intersit, sed satis est, aliquando incipere interesse. Apposite Ulpianus in L. *si procuratorem* 8. §. 6. *h. t.*, *Mandati actio tunc competit, quum coepit interesse ejus, qui mandavit: ceterum, si nihil interest, cessat mandati actio; & eatenus competit, quatenus interest.*

§. VI. Mandatum tua tantum gratia tibi datum magis consilium est, quam mandatum: nulla est autem consilii obligatio, L. 47. *de R. J.*, quamvis non expediat ei, cui datur; nam & is, qui consilium accipit, explorare apud se potest, num expediat sibi, *d.* 2. §. 6. *h. t.*, & is, qui dat, eam caussam adferre, quod putasset expedire: & sapienter Agrippa Augustum monebat apud Dionem *lib.* 52., ne iis, quorum coepisset consilia, vitio verteret, quod res non ex sententia successisset. Praeclare Cicero *ad Att. VVI*, 7., *Quid debet, qui consilium dat, praestare praeter fidem?* De fide sola satagunt Leges, ac fraudulentum consilium actione de dolo coercent, *d.* L. 47. Uno casu, qui non bonum consilium bona fide dedit, tenetur; si dedit consilium per imperitiam artis, quam profitebatur, L. 135. *de R. J.* Quid si cui alias non contracturo, ejus tantum gratia mandem, ut contrahat? V. nostras *Obs.* II, 6. Moneo hic, quod vulgo hic monent, referre, num consilium generalibus verbis exprimatur, an certa persona designetur: si prius, simplex consilium esse, non mandatum: si posterius, mandatum esse aliena tantum gratia datum, quod, ut dictum, valet. Hujus discriminis auctor Tribonianus ipse *h.* §., ubi consilium esse ait, si tibi mandem, ut pecunias tuas in emtiones potius praediorum colloces, quam foeneres: mandatum vero, si mandem, ut pecuniam TITIO foeneres: quod posterius obtinuisse addit ex sententia Sabini.

§. VIII. Rei turpis nullum mandatum est, ac licet is, qui turpe implevit mandatum, det poenas, nihil tamen mandati judicio consequetur?

tur, *h.* §. L. *si remunerandi* 6. §. 3. & L. *si mandavero* 22. §. 6. *h. t.* Turpes obligationes nullas esse, tralatitium est, L. *nec praetermittendum* 57. *pro soc.*, L. *generaliter* 26., & L. 27. *de V. O.*

§. VIII. *Diligenter fines mandati custodiendi sunt: nam qui excessit, aliud quid facere videtur*, inquit Paulus *L. diligenter* 5. *pr. h. t.* Fines hic sunt leges mandato appositae, quas nisi mandatarius dicto audiens servaverit, frustra agit mandati, *h.* §., & *d.* L. 2. & *seq.* De eo dubitatum fuit, num qui mandatum certo pretio emendi, aut in certam quantitatem fidejubendi suscepit, & aut pluris emit, aut in majorem summam fidejussit, mandati habeat actionem pro ea saltem parte, quae in mandatum venit, an prorsus nullam. Hoc visum Sabino & Cassio: illud Nervae & Proculo, quam sententiam Gajus in *L. sed Proculus* 4. ac Tribonianus *h.* §. *benigniorem* dicunt, praeferuntque. Et quoniam melior caussa mandantis fieri potest, ut Paulus ait *d.* L. 4. §. *ult.*; si quis rem minoris emerit, recte agit mandati, *quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur*, *h.* §.

§. IX. X. XI. Mandatum certis modis finitur. Primus est revocatio mandati, utut dissentiat mandatarius, §. 9. *h. t.*, & L. *si vero* 12. §. 16. *eod.* Est quidem regula juris, renuntiare semel constitutae obligationi adversario non consentiente neminem posse, L. 5. *C. de O. & A.*, verum aliud exposcit natura ipsa mandati, cujus origo ex officio & amicitia. Quemadmodum igitur invito beneficium non datur, ita nec debet mandatum invito eo, qui mandavit, obiri: & quemadmodum qui ab amico beneficium petiit, libere potest velle, ne sibi detur, ita qui mandavit, impune potest nolle, ut impleatur mandatum, modo id fiat sine mandatarii detrimento; unde Tribonianus inquit, recte mandatum revocari, *dum adhuc integra res sit*. Si res integra non est, puta, si quid mandatario abesse coepit ex caussa mandati, erit ei mandati actio, *L. si mandassem* 15. *h. t.* Secundus est mors sive mandantis, sive mandatarii, *adhuc integro mandato*, §. 10. *h. t.*, L. 26. *pr.*, L. 27. §. 3. *D.*, & L. 15. *C. eod.*, mandator enim certi hominis fidem, ac diligentiam sequutus videtur, alii non facile mandaturus, qua de re egregie, ut nihil supra, Tullius *pro Rosc.* 38. & 39., & mandatarius certi quoque hominis meritum spectavit, alii fortasse non gratificaturus. Dicam verbo. Mandatum, ut amicitia, non descendit ad heredes. Quod addit Tribonianus *adhuc integro mandato*, non eo pertinet, ut, si ante alterutrius obitum coepit interesse, mandatum morte non extinguatur; sed eo, ut actio ante obitum nata, h. e., quum primum coepit interesse, non perimatur morte. Diserte Paulus in L. *si praecedente* 58. *h. t.* mandatum morte solvi ait, non mandati actionem. Sed & potuit Tribonianus eo verbo ad illam speciem spectare, quum lite per procuratorem contestata mandator obiit. Eo casu mandatum morte non solvitur, quia esse integrum desiit per contestationem, qua procurator dominus litis est factus, L. *nulla* 23. *C. de procurat.*: cujus Constitutionis meminit Symmachus *Ep. X.*, 32. Quod si mandatarius mortem mandantis ignorans, qui error est facti, vel putans, stare adhuc post mortem ejus man-

mandatum, qui error est juris, mandatum fuerit exequutus, ei actio non denegatur: idque utilitatis caussa receptum est, *d.* §. 10., ac *d.* L. 16. Non officit error juris, quum de damno vitando agitur, L. *juris*, 7. & L. 8. *de juris*, & *fact. ignor.* Et non solum ubi post mandatoris obitum, sed etiam ubi post expressam tacitamve mandati revocationem mandatum per errorem impletum est, ea actio competit. Exemplum ponit Tribonianus eorum, qui servo dispensatori manumisso solvunt ignari manumissionis. Hi summo jure non liberantur, nam qui servum facit dispensatorem, eum curandae pecuniae suae praeponit, L. *pen. de reb. cred.*, ac debitoribus suis mandare intelligitur, ut ei solvant arg. L. *qui hominem* 34. §. 3. *de solut.*; eo autem manumisso mandatum tacite revocat, itaut qui servo recte solvebant, non recte solvant liberto. At quoniam ignorantes solvunt, placuit eos liberari. In L. *si vero* 12. §. *ult.*, & L. 13: *h. t.* v. nostras *Obs. II*, 7. Tertius est renunciatio tempestiva, puta, quae in id tempus incidat, quo possit mandator vel per se, vel per alium eamdem rem commode explicare, *d.* L. 22. §. *ult.* Intempestiva renunciatione mandatarius non liberatur, nisi justa caussa fecerit, ut is re non integra renunciaverit. *Ob subitam valetudinem*, inquit Paulus *Sent. II*, 17., *ob necessariam peregrinationem, inimicitiam, & inanes rei actiones, aut integra adhuc caussa, mandati negotio renunciari potest*. Τὸ *aut* insere cum Noodtio in *D. h. t.*; nam si legas, ut vulgo, *& inanes rei actiones, integra adhuc caussa*, ineptiret Jurisconsultus; quum enim integra adhuc est caussa, nihil tale desideratur. Rittershusius veretur, ne ea sint ab Aniano; sed praestat culpam in librarium conferre. Sunt aliae justae renunciandi caussae, *d.* L. 22. 23. 24., & 25. *h. t.* Hinc patet, mandatum suscipere voluntatis esse, susceptum perficere necessitatis, *d.* L. 22. §. *ult.*

§. XII. Mandatum & diem, & conditionem recipit, *h.* §. & L. 1. §. 3. *h. t.*

§. XIII. Denique mandatum esse gratuitum debet, namque originem ducit ab officio, atque amicitia: contrarium autem est officio, merces, *d.* L. 1. §. *ult.* Quod si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio, L. *si remunerandi 6. cod.* Distinguenda sunt honorarium, sive honor, & merces. V. nostr. *Obs.* I. Si pro mandato merces intervenit, jam in aliam formam negotii cadit, *h.* §., nempe aut in locationem, quum merces certa est, & pecuniaria, *d.* L. 1. §. *ult.*, aut in contractum innominatum, L. *si tibi* 22. *de praescr. verb.* Quid mandatarius praestet, incertum. Ulpiani, ac Pauli judicio dolum, & culpam latiorem, L. *si procuratorem* 8. §. *ult.*, L. *idemque* 10. *pr. h. t.*, & L. *naturalis* 5. §. 4. *de praescr. verb.*: alio ejusdem Ulpiani judicio etiam levem, L. *contractus* 23 *de R. J.*: ex rescripto Constantini vel levissimam praestat, L. 13., & L. 21. *C. h. t.* Res haec neque enodatu facilis, neque hujus est operae. V. Gothofredum in *d.* L. 23. Tertia opinio plerisque interpretum placet.

TITULUS XXVII.

De obligationibus quasi ex contractu.

PR. Tit. Sunt obligationes nonnullae *quasi ex contractu*, quod non proprie ex contractu sunt, sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu videntur nasci, *h. pr.* Istarum obligationum caussa non est consensus tacitus, easi eas Pomponius *tacitas* appellet in *L. is qui* 13. §. 2. *commod.*; nam tacitus consensus veros, non quasi contractus facit, *L. si remunerandi* 6. §. 2., *L. qui patitur* 18. *mand.*, *L. item* 13 §. *ult. locat.* Caussa est consensus lege praesumtus, qualem verbo *videri* praesumtionum proprio exprimunt Jurisconsulti in *L. apud Julianum* 3., & *L. seq. D. quib. ex causs. in poss.*: quaeque minus proprie *tacita* dicitur Pomponio, ea proprie est *praesumta* obligatio. Tò *quasi* solennem in scholis Stoicorum abusionis notam risit Plutarchus *lib. de solert. anim.*, sed arripuerunt tanquam arti suae utilem Jurisconsulti.

§. I. Prima obligationum quasi ex contractu species est negotiorum gestio. Dedere huic caussam subitae, ac necessariae Romanorum profectiones, quae eos res suas certis hominibus mandare non patiebantur, maxime si relegati proficiscerentur. Si quis igitur absentis, & ignorantis sine mandato (a) utiliter gessisset, utilitatis caussa receptum est, ut ei dominus ex quasi contractu teneretur, *h.* §., & L. 1. *de neg. gest.* Ultro citroque nascitur hinc actio negotiorum gestorum, L. *si quis* 2. *D. eod.*, & directa domino, contraria gestori datur, *h.* §., ac *d.* L. 2. Dominus a gestore rationem poscit rei gestae, & quandoque etiam non gestae, *si quaedam gessit, quaedam non, contemplatione tamen ejus alius ad haec non accessit, & si vir diligens etiam ea gesturus fuit*, L. *si pupilli* 6. §. *ult. eod.* Subdit Tribonianus, gestorem *ad exactissimam diligentiam* compelli reddere rationem, nec sufficere, talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia. Facit *L.* 24. *C. de usur.* Levissima culpa gestorem non excusat, qui non rogatus aliena negotia suscepit administranda, exemplo ejus, qui se obtulit deposito, *L.* 1. §. 35. *D. depos.* Interdum in hoc judicio dolus tantum versatur, puta, si quis affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis se meis obtulit, *L. ait Praetor* 3. §. 9. *de neg. gest.* Contra tenetur dominus in id, quod ei abest, qui utiliter gessit. *d. L.* 2. & L. *si quis* 29. *D.* ac L. 18. *C. eod.*: etsi effectum non habuit negotium, puta, si servum aegrum curavit, & obiit, *L. sed an ultro* 10. §. 1. *eod. tit.*

§. II. Secunda est tutelae administratio, ex qua mutuae actiones sunt proditae, & pupilli cum tutore, ut rationes, & reliqua reddat, quae directa est actio: & tutoris cum pupillo in id omne, quod ei abest, quae dicitur contraria, *h.* §., *tit. D. de tutel. & ration. distr.*, ac *tit. d. contrar. tut. act.* Utraque nisi finita tutela non datur, *L. nisi* 4. *de tut. & rat.*

(a) In L. *negotium* 22. *C. de neg. gest. v. nostras Obs.* I, 9.

& rat. distr., & *L.* 1. §. 3. *de contr. tut act.*; quod ex Legibus Graecorum Plato traduxit in suas *lib.* 11. *d. LL.* Contrariam tutelae actionem proposuisse Praetorem, inquit Ulpianus *d. L.* 1., ut facilius tutores ad administrationem accederent, scientes, pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione: & licet sine tutoris auctoritate pupillus non obligetur, nec tutor ei esse auctor possit in rem suam; receptum tamen esse, ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter ex administratione obligetur, Tutor autem, etsi ad solam pupilli utilitatem tutela pertineat, tamen & dolum, & latam, & levem quoque culpam praestabit, L. 23. *de R. J.*, L. 7. *C. arbitr. tut.*; quum enim tutela sit minus publicum, diligenter est obeundum; puta, ad eum modum, quo sua quisque administrat; & boni civis ratio postulat, ut, nisi velimus in publicis esse diligentiores, saltem aeque diligentes simus in publicis, atque in nostris sumus; nam publica quoque nostra sunt. Levem tutor, mandatarius levissimam praestat. Quid miremur? Tutela publicum munus est, & imponitur invito; at mandatum suscipere voluntatis est.

§. III. & IV. Tertia est rerum communium administratio citra conventionem; hoc enim distant societas, & communio: in hanc incidimus: illam coimus, L. *ut sit* 31., & L. 32. *pro soc.* Si igitur pluribus eadem res legata donatave sit, & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius (b) ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit, non intelligitur proprie ex contractu obligatus, quippe nihil inter se contraxerunt; sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur, §. 3 *h. t.*, & L. *in communi* 3. D. *comm. divid.* Idem juris de eo est, qui coheredi familiae ercifcundae judicio ex his caussis obligatus est, §. 4. *h. t.*, ac *tit. D. & C. fam. ercisc.* De utroque hoc judicio redibit sermo in §. 20. *de act. lib.* 4.

§ V. Quarta est hereditatis aditio. Heredem, a quo legatum est, legatariis ex maleficio non teneri, plusquam manifestum est: nec ambigitur, eis ex contractu non obligari; quid enim illi aut cum herede, aut cum defuncto contraxerunt? Videtur tamen heres adeundo quasi contrahere, & facto ipso, quod a contractu propiùs abest, ad praestanda legata obligari, *h.* §., & L. *si quis absentis* 5. §. 2. *de O. & A.*: atque hinc in eum actio ex testamento, quae *hereditaria* non est, sed *hereditariae loco* habetur, L. *hereditariarum* 40. *eod. tit.* Hereditariae actiones ex contractu maleficiove defuncti in heredem dantur, neque incipiunt ab herede, *d.* L. 40.

§. VI. & VII. Quinta est indebiti solutio secundum ea, quae dicta sunt in §. 1. *sup. quib. mod. re contrah.* Pertinet huc, quod §. 7. Tribonianus habet, ex quibusdam caussis repeti non posse, quod non debitum per errorem solutum est, puta, *ex quibus caussis inficiando lis crescit*. Crescit lis in duplum per inficiationem, quum qui negat simplum, praestare cogitur duplum, ut qui negat damnum in judicio Legis Aquiliae, aut miserabile depositum, aut legatum religionis ac pietatis intuitu relictum: de quibus caussis in §. *sed furti* 26. *infr. de act.* Hujus juris ratio

(b) Socium *dici a Triboniano vides, quem non contractus, sed res ipsa conjunxit. Alia exempla apud Brissonium habes de V. S.*

tio vix est, ut facile possit deprehendi. Hotomanus regulam hanc de eo indebito accipit, quod subtilitate tantum juris indebitum est, quum tamen revera factum id sit, quamobrem deberi videatur. Finge, damnum fuisse datum, quaeri autem, jure ne, an injuria datum sit, ut in specie *L. ult. ad L. Aquil.* Finge etiam, aliquid religionis, pietatisve caussa legatum, sed plus dodrante. Si quid eo nomine solutum sit, repeti non potest; quoniam enim reus poterat inficiando in duplum damnari, solvendo, etiamsi per errorem, dupli periculum evasit, ac de se queratur, quod re non satis apud se explorata tam temere non debitum solvit. Apposite etiam dices cum Cujacio, & J. a Costa in *h. §.*, heredem, qui inficiando poterat dupli damnari, solvendo videri super eventu litis transegisse: solutum autem transactionis caussa condici non posse, *L. in summa 65. §. 1. de condict. ind.* Sed vide *L. ult. C. eod.* Jam quod de legato hic dicitur, verum erat jure veteri in legato per damnationem, non quod heres id genus legati facilius poterat inficiari, quae suspicio Merillii est, sed quia heres testamento damnatus proxime accedere videtur, ad eum, quem damnaverat Judex, qui si judicatum inficiaretur, duplum praestabat. Post Justiniani Constitutionem in *L. 2. Cod. comm. de leg.* idem de legatis omnibus ac fideicommissis in eam caussam relictis jus esse debet.

TITULUS XXVIII.

Per quas personas nobis obligatio adquiritur.

TRaduntur *h. t.* eadem ipsa, quae tradita sunt *Inst. II, 9.*, & *§. ult. sup. de stip. serv.* In duos tantum locos est aliquid adnotandum. De peculio adventitio filiifam. haec habet *pr. h. t.* Tribonianus, *patre actionem movente secundum novellae Constitutionis divisionem*. Spectat is ad *L. ult. C. de bon. quae lib.*, cujus §. 3. cautum est, licet ususfructus tantum ejus peculii pertineat ad patrem, tamen actiones ex ea caussa movere, & suscipere patrem debere ex consensu filii, nisi hic aut longe absit, aut in prima aetate sit constitutus. *Prima* ibi pupillaris est, uti *secunda* in §. 1. est pubes. *Novella* dicitur ea Constitutio, quod post editum priorem Codicem prodiit. V. dicta in *Hist. jur.* De servo, in quo *usumfructum*, *vel usum habemus*, inquit Tribonianus §. 2., adquiri nobis per eum, si, vel ex operis suis; vel ex re nostra adquirat. Tò *vel usum* extat apud Theophilum, & in quinque Contii, ac septem Charondae MS., abesse tamen a vetustis quibusdam libris, monet Accursius. Et expungunt quidem illud Cujacius, A. Matthaeus, & alii nonnulli, quod fructuarius ex duabus illis caussis semper adquirit: usuarius non aliter, quam si operis servi utatur in re sua, *L. per servum 14., & L. servus 20. de usu, & habit.*

TI-

TITULUS XXIX.

Quibus modis tollitur obligatio.

PR. Tit. Ut certis contrahitur, sic certis modis distrahitur obligatio. Et distrahitur ea quidem aut per exceptionem, puta „ pacti, jurisjurandi, sententiae &c.: qua de re & alibi dictum, & dicetur etiam alibi: aut jure ipso, puta, solutione, acceptilatione, novatione, & contrario consensu: quae hujus loci propria tractatio est. Solutio est hic non quaelibet satisfactio, ut in *L. solutionis* 176. *de V. S.*, sed naturalis rei, quae debetur, praestatio sive in genere, sive in specie eadem, *L. 2. de reb. cred.* Invito creditori aliud pro alio solvi nequit, *d. L. 2.*, nisi in certis quibusdam caussis, *L. in re* 8. *de condict. furtiv.*, *L. non amplius* 26. §. 2., & *L. si domus* 71. §. 3. *de leg.* 1.; recte tamen alius pro alio solvit, debitoremque liberat utut ignorantem, & invitum; *naturalis enim & civilis ratio suasit, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis, & inviti nos facere posse*, *L. solvendo* 39. *de neg. gest.* In *L. inviti* 69. *de R. J.*, ubi scriptum est, invito beneficium non dari, v. Cujacium, P. Fabrum, Gothofredum, aliosque. Jam reo solvente eos etiam, qui pro eo intervenerunt, & solvente fidejussore reum liberari, explorata res est, *pr. h. t.*, *L. in omnibus* 43. *de solut.*, & *L. quum is* 36. *de fidejus.*

§. I. & II. Acceptilatio est verborum conceptio, qua creditor a debitore interrogatus acceptum se ferre ait, quod sibi ex verborum obligatione debebatur (a), *Imaginaria solutio* hic, & in *Glossis juris*, ac *verbis perfecta solutio* dicitur Senecae *de Ben. VI*, 5., quod ea stipulatio sit. Initio certa ejus, ut stipulationum omnium, verba fuere, puta *acceptum ferre, facere, habere*, *L. pluribus* 6., *L.* 7., & *L.* 9. *de acceptil.* Instituta est ad perimendam obligationem verborum, *neque enim potest verbis tolli, quod non verbis contractum est*, *L. an inutilis* 8. §. 3. *eod.* Sed a G. Aquilio Gallo (b) excogitata ratio est, qua obligationes omnes acceptilatione tollerentur. Res ita se habet. Quod ex alia caussa debebatur, quam ex obligatione verborum, deducitur in stipulationem, (huic nomen *Aquiliana*) sicque renovata obligatione verbis deberi incipit, quod non verbis debebatur; tum fit acceptum, quod ex nova caussa debetur, §. 2. *h. t.*, *L. & uno* 18. §. 1. *eod. tit.* Et solidum, & pars fieri accepto potest,

(a) *Modestini definitio in L. 1. de acceptil. reprehenditur vulgo. Certe ea est subobscura. V. Cujacium Obs. V*, 36., *& Hotomanum Obs. III*, 18.

(b) *Hic ille Gallus*, cujus in cavendo prudentiam *Populo Romano semper perspectam*, inquit *Tullius Orat. pro Caecin. c.* 27. *Hujus est formula doli mali everriculum omnium malitiarum Ciceroni dicta de nat. Deor. III*, 40., *& nepotis postumi vivo filio heredis instituendi*, *L. Gallus* 29. *de lib. & post. Sed cave, ne huic adscribas L. Aquiliam, cujus interpretes Brutus & Mucius Scaevola ipso Aquilio antiquiores*, *L. si servus* 27. §. 22., *& L. Quintus* 39. *ad L. Aquil.*

d. L. 9., nisi individuum sit, quod debetur, *L. & per jusjurandum* 13. §. 1., & quovis idiomate, *d. L.* 13. §. *ult.*, uti de stipulationibus dictum suo loco est.

§. III. Novatio est prioris debiti in aliam vel naturalem, vel civilem obligationem transfusio, atque traslatio*, L. 1, *de novat.* Quandoque fit *interventu novae personae*, i. e., delegatione debitoris, quem si creditor admittat, liberatio contingit; solvit enim qui delegat reum, *L. quamvis* 8. §. 5. *ad* S. C. *Vellej.*; etiamsi debitor admissus non sit solvendo. *Bonum nomen facit creditor*, verba sunt Pauli in *L. inter* 26. §. 2. *mand. qui admittit debitorem delegatum*, h. e., debitorem non idoneum admittendo bonum facit nomen, quod bonum non erat, nam liberat debitorem. Sensu prope eodem Martialis *Ep.V*, 79., *Vinum*, inquit, *tu facies bonum, bibendo.* V. Heraldum *Obs. c.* 5. Simile est, quod subjicit Tribonianus, *interdum, licet posterior stipulatio* (i. e. novatio stipulatione facta, L. 1. §. 1. *de novat.*) *inutilis* (effectu) *sit; tamen primam* (obligationem) *novationis jure tolli*: ut ecce, si pupillus non auctore tutore, quod tu debebas, novandi animo promisit, liberaris, licet inutilis effectu sit pupilli stipulatio, quum contra eum naturaliter dumtaxat obligatum creditor inutiliter agat. Igitur sola naturalis obligatio novationem tuetur, *d.* L. 1. *Non idem juris esse*, Tribonianus ait, *si a servo quis fuerit stipulatus; nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus* (c) *fuisset*. Quid ita? Quia servus pro alio interveniens extra caussam peculiarem ne naturaliter quidem obligatur. V. Cujacium *Obs.* VII; 11. Quandoque eodem manente debitore novatio fit, ut si quod debebas Sejo, debere idem pergas, ita tamen, ut vel prior obligatio prorsus abeat in aliam, puta, mutuum in stipulationem, vel maneat nonnullis additis, detractisve, puta; die, conditione, fidejussore, *h.* §., & *L. in diem* 5., *L. quoties* 14., *L. si rem* 31. *de novat.* Sed adjectam conditionem extitisse, necesse est, ut novatio fiat: ea deficiente obligatio prior manet, *h.* §., ac *d.* L. 14. Animo novandi est opus, L. *omnes* 2. *eod. tit.* Quoniam vero de ea re dubitabant saepenumero veteres, Justinianus cavit, *tunc solum novationem fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit: alioqui & manere pristinam obligationem; & secundam ei accedere, ut maneat ex utraque caussa obligatio*, quodque minus in una est, ex altera suppleatur, *h.* §., & L. *ult. C. de novat.* Hoc idem cautum est in L. *qui usumfructum* 58. *de V. O.*, *d.* L. 2., *L. si Stichum* 8. §. 1., & L. *aliam* 29. *de novat.*: quae loca Tribonianum ad novum jus sui Imperatoris aptasse, ne ambigas.

§. IV. Contrarius consensus eas obligationes dissolvit, quae consensu contrahuntur: qua de re dictum satis hoc ipso Libro.

IN-

(c) Stipulatus *passive hic dicitur pro* interrogatus. *V. Fabrotum in Theophilum*.

INSTITUTIONUM

JURIS CIVILIS ROMANI

LIBER IV.

DE OBLIGATIONIBUS, QUAE EX DELICTO NASCUNTUR.

TITULUS I.

QR. Tit. Percurrendae hoc Libro sunt obligationes ex maleficio vel quasi maleficio (*a*), quarum ingenium longe est aliud ab ingenio obligationum ex contractu, vel quasi. Harum genera quatuor, quae Libro III. explicavimus: illarum genus unum, quod *ex re* nascitur, *pr. h. t.*, & L. *ex maleficio* 4. *de O. & A.*, h. e., ex facto aliquo externo, nam cogitationis poenam patitur nemo, L. *cogitationis* 18. *de poen.*: unde quae ex delicto est, *ex facto* actio dicitur in L. *actionum* 25. §. 1. *de O. A.* Delicta aut publica sunt, quibus directo Respublica, aut privata, quibus privatorum sive res, sive personae laeduntur. Primum de privatis, i. e., Furto, Rapina, Damno, Injuriis: quae quatuor recenset Tribonianus ex Gajo in *d.* L. 4.; nam quae alia in Pandectis proponuntur *lib.* 47., referri ad quatuor haec possunt. Quanquam autem agi horum nomine potest aut civiliter, puta, ad id, quod ei, cui nocitum est, debetur, aut criminaliter, puta, ad corporis coërcitionem, poenamve pecuniariam fisco inferendam, L. *ult. de priv. delict.*, L. *ult. de furt.*; tamen Tribonianus civiles tantum actiones pertractat.

§. I. ij. VI. VII. VIII. IX. X. XX. Furtum (quod nomen Labeo apud Paulum L. 1. *de furt.*, & Varro apud Gellium I, 18. factum putant a veteri *furvo*, i. e., nigro, nam clanculum, & oscure, ac noctu plerumque fit, Sabinus in *d.* L. 1. a fraude, alii vel a *ferendo*, vel a *Graeco sermone*, *qui* (*b*) φῶρας *appellant fures* ἀπὸ τοῦ φέρειν, *d.* L. 1., & §. 2. *h. t.*) Furtum, inquam, est *contrectatio rei fraudulosa lucri facien-*

(a) *Maleficium Aristoteli dicitur* συνάλλαγμα ἀκούσιον contractus involuntarius *Ethic. ad Nicomach. V*, 2., *&* malus contractus *Triphonino in* L. *si rerum* 52. *de re judic. V. Grotium de J. B. & P. II*, 20. 2. 3., *& Pufendorfium de J. N. & G. VIII*, 3. 5.

(b) *Malunt Accursiani* quod; *h. e.*, quia. *Sed Florentinus liber, itemque liber Alciati* (*v. Dispunct. I*, 10.) *rectissime habent* qui, *h. e.*, Graeci: *quae loquutio, ut rara sit, certe vero exemplis non caret. Apud Gajum scriptum est in L. qui venenum* 236. §. 1. *de V. S.*, Glandis appel-

ciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus possessionisve, §. 1. *h. t.*, & L. 1. §. 3. *de furt.* Contrectare est tangere: fures autem res alienas per fraudem tangunt: unde Pacuvio apud Festum *tagaces*, & Laberio apud Gellium *XVI*, 7. *manuarii* dicti. Non est opus rem loco movere: contrectare satis est, & necesse, L. *vulgaris* 21. §. 8. *eod.* Qui rem furtivam celat, qui re deposita, aut pignore utitur, qui re commodata aliter utitur, quam convenerit, non aufert, & fur est, quia contrectat, L. *qui vas* 48. §. 1. *D.*, L. 14. *C. eod.*, & §. 6. *h. t.*, ubi scripsisse veteres, inquit Tribonianus, furti damnatum qui commodatum sibi equum *in aciem* (c), sicque longius produxerat. Contra fur non est, qui rem depositam vel commodatam apud se esse inficiatur, si eam dolo malo nondum contrectavit, L. *inficiando* 67. Fraudulosa esse contrectatio debet. Is ergo solus fur est, qui adtrectat sciens facere se invito domino: non item is, qui consentire dominum putat: sive falso id, sive vere putet, §. 7. *h. t.*, & L. *inter omnes* 46. §. 7. *eod.* E contrario si quis alienam rem adtrectet volente domino, quem putat invitum, is animo quidem fur est, furtum tamen non facit, §. 8. *h. t.*, vel potius furtum facit, sed non tenetur furti actione, *d.* L. 46. §. 8.: quod cum disciplina Philosophorum magis consentit. *Aliter Leges*, Cicero inquit *de Off.* III, 17., *aliter Philosophi tollunt astutias*: *Leges*, *quatenus manu res tenere possunt*: *Philosophi*, *quatenus ratione & intelligentia*. Interdum furti agitur cum eo, qui rem volente domino contrectavit. Finge, Titius servo Maevii auctor fuit, ut rem domino suffuraretur, ad eumque perferret. Servus consilium aperuit domino, cujus permissu eam detulit ad Titium, quo apud eum deprehenderetur: Hoc casu num aliqua, & quae actio Maevio esset adversus Titium danda, a veteribus disputatum. Dabant alii solam furti actionem, alii solam actionem servi corrupti, alii neutram, alii utramque, §. 8. *h. t.*, & L. 20. *C. de furt.* Justinianus in *d.* L. 20., quae una est ex L. Decisionibus, ultimam opinionem probavit. Et quamvis re vera nec furtum admissum sit, quia res non invito domino contrectata est, nec servus deterior factus, quia is & rem domino patefecit, & voluntate domini rem ad Titium pertulit; dedit tamen Justinianus & furti actionem propter dolum, & actionem servi corrupti, quia Titius, quantum in eo situm erat, jam servi fidem conatu suo attentaverat: neque una actio alteram consumit, quum non ex eodem maleficio sint, L. *nunquam* 2. §. 1. *de priv. delict.* Duo hic habes exempla, alterum doli boni in Maevio, L. 1. §. 3. *de dol. mal.*, alteram ejus,

pellatione omnis fructus continetur exemplo Graeci sermonis, apud quos omnes arborum species ἀκρόδρυα appellantur. *V. A. Augustinum Emend.* IV, 4., *Popmam de usu antiq. loquut.* II, 2., & *Noodtium Obs.* I, 4.

(c) *Cujacius not. pr.*, & *in* L. 5. *commod. ex lib.* XI. *D. Juliani mavult* in Ariciam *ex Val. Max. VIII*, 2. 4., & *Symmacho Ep. VII*, 66. *Verum quid caussae est, cur propositum hic dicas Val. Maximi*, & *Symmachi exemplum*, *quum similia alii afferant? V. Gellium VII*, 15., & *Ulp. in* L. *si ut certo* 5. §. 7. *D. commod. Jam vero Tribonianum scripsisse* in aciem; *adeo certum*, *ut certius nihil*; *vertit enim Theophilus* εἰς παράταξιν.

ejus, quod dici solet, quandoque solum conatum sine effectu puniri (d). Servius in *Virg. Aeneid. VI*, 624. *Dicit secundum Romanum ritum, in quo non tantum exitus punitur, sed & voluntas*. Quod fraudulenta esse contrectatio debet, intelligis, furtum non facere impuberem, nisi pubertati proximum; qua aetate jam capax est doli, L. *impuberem* 23. *de furt.*, & §. 20. *h. t.* L. XII. Tab. impuberes in furto deprehensi arbitratu Praetoris vapulabant, noxamque sarciebant. Gell. *XI*, 18. Capitale judicium de puero sacrilego apud Aelianum *Var. Hist. IV*, 16., omnino praeter jus fuit. Ad haec lucri studio contrectandum est. Qui non eo animo contrectat, is nisi faciat per jocum, aut damnum, aut injuriam facit, L. *sed & si* 18. §. *ult.*, L. *si quis* 41. §. 1. *ad L. Aquil.*, L. *verum* 39., & L. *qui injuriae* 53. *de furt.* Postremo & ipsius rei, & usus, & possessionis fit furtum, *d.* §. 6. ac *d.* §. 7. *h. t.* Res esse mobilis debet, §. 7. *de usuc. lib.* 2., & corporalis; qui enim incorporalia contrectes? Debere eam esse alienam, res ipsa loquitur. Quod ait Tribonianus §. 10., debitorem pignus creditori datum subtrahentem rei suae furtum facere, id tanquam minus proprie dictum nihil moror. Facit is furtum non ipsius rei, quae sua, sed possessionis, quae creditoris est. Idem erit, si rem creditori obligatam, nec traditam vendiderit, nam vendendo alienum jus intervertit, *L. In actione* 19. §. *ult. de furt.*, & *L.* 6. *C. pro emt.* Aliena res videri potest filiusfam. Ejus igitur est furtum, §. 9. *h. t.*, habetque pater eo nomine actionem, L. *eum qui* 14. §. 13. *de furt.* In hanc autem actionem quid venit? Duplum, quadruplumve ejus, quod patris interfuit, si qua forte lucra furto filiifam. intercepta sunt; nam ipsius filii, utpote liberi hominis, nulla aestimatio est, *L. ex hac lege* 3. *si quadrup. paup.* Si nihil ejus interfuit, furti non aget. Cujac. *Obs. XXI*, 20. Quod tanquam certum nobis oggerit Hotomanus, competere actionem hanc patri, etiamsi nihil interfuerit, modo potuerit interesse: quodque tanquam probabile addit, patri permitti pecuniariam hanc injuriam aestimare salvo judicis arbitrio, quemadmodum de injuriarum aestimatione traditum est §. 7. *infr. de injur.*, nullo juris loco probantur: quin consistere nullo modo possunt cum ea juris regula, de quo mox, furti agere nisi eum, cujus intersit, neminem posse. Quod ait Tribonianus *pr. h. t.*, furtum esse natura probrum, confirmatur *L.* 42. *de V. S.*, quam inscite interpretatur Alciatus. V. A. Augustinum *Emend. IV*, 4., & Wisenbachium in *h. t.*

§. III. & IV. Furtorum genera quatuor faciunt Gajus *Inst.* II, 10, 2., & Paulus *Sent.* II, 37. 2., *manifestum*, *nec manifestum*, *conceptum*, *oblatum*: duo idem Gajus L. *furtorum* 2. *de furt.* (e), ac Tribonianus §. 3. *h. t.*, *manifestum*, & *nec manifestum*: aitque Tribonianus, conceptum, & ob-

(d) *Multa de hac re Guil. Fornerius Select.* I, 10., *Rad. Fornerius Rer. quotid.* III, 17., *Scipio Gentilis Parerg. ad D.* I, 31. *Alb. Gentilis in L.* 225. *de V. S.*, *Rupertus in Val. Max. VI*, 1., *& Bynkershoekius Obs.* III, 10.

(e) *Videtur Tribonianus expunxisse ex d. L. 2. concepti, oblatique furti mentionem: quod sui temporis ratio sic ferret, uti mox.*

& oblatum furtum magis esse actionis species, quam furtorum. Manifestus, seu, ut Plautino verbo utar *Trinum. IV*, 2. 50., *manifestarius* fur est, qui aut in furto deprehenditur (hunc Graeci ἐπ' αὐτοφώρῳ (f) appellant) aut eo loco, quo furtum factum est, aut extra eum locum furtivam rem tenens visus, vel deprehensus est sive in publico, sive in privato, vel a domino, vel ab alio, antequam eo pervenerit, quo perferre, ac deponere rem destinasset, *d.* §. 3., L. *fur est* 3., & L. *sive* 5. *eod.* Visione sola furem fieri manifestum, probat τὸ *vel* in iis Triboniani, *visus, vel deprehensus*. Porro Servius in illud Virgilii *Ecl. III*, 17., *Non ego te vidi?* fortasse ex arte juris, ut saepe, scribit, *manifesti eum furti arguit, dicendo, vidi*. Ecquem demum latet, manifesta Latinis dici, quae oculis cernuntur? Sed magis est, ut fur visus non aliter habeatur pro manifesto, quam si ei a domino adclametur, *Quo te proripis? Tene tene: Tene furem: Prehende furem*, uti apud Plautum *Aulul. IV*, 9. 2., ac Petronium *c.* 139. Et vero apud Virgilium sequitur *v.* 19., *Et quum clamarem, Quo nunc se proripit ille? Tytire coge pecus*. Cujacius *Obs. XI*, 38. Cadit huc percommode illud Ulpiani in L. *si quis* 7. §. 1. & 2. *eod.*, *deprehensione fieri manifestum furem: ceterum etiamsi vidisti furtum fieri; attamen non esse manifestum; sed si quum vidisses eum subripientem, & ad comprehendum eum accurrisses, abjecto furto fugit, furem manifestum esse*. Post τὸ *accurrisses* subaudi *adclamando*; quis enim ad comprehendendum furem accurrens non adclamat? Si nihil horum contigerit, nec manifestus fur est, *d. d.* §. 3., & L. *nec manifestum* 8. *eod. tit.* Nunc de furto concepto. Corasium, Balduinum, & Marcilium, quibus furtum *concipere* est *admittere*, & Abr. Wielingium, cui est *vindicare*, erroris manifestarios habe. Furtum concipere exponunt Gajus *Inst. II*, 10. 3., Paulus *Sent.* II, 31. 3., Festus v. *lance*, ac Tribonianus §. 4. *h. t.* rem furtivam testibus praesentibus quaerere, & invenire. Concipiebatur autem furtum *per lancem & licium* jure XII. Tab., quarum de ea re caput ex Gellio XI, 18. restituit J. Gothofredus. At quo lanx & licium spectabant? V. nostram *Differt. De furto per lancem & licium concepto*. Oblatum furtum erat, quod fur alteri ignoranti obtulerat sive per se, sive per alium, ut apud eum conciperetur. Erant quoque olim prohibiti, & non exhibiti furti actiones ex Edicto. Furtum prohibitum dicebatur, si quis furtum concipere volentem prohibuerat: non exhibitum vero, si furtum non exhibuerat quaesitum inventumque apud se. Cum eo, penes quem inventa res erat, quamvis non fure, agebatur concepti in quadruplum ex LL. XII. Tab.: ex Edicto autem primum in triplum, deinde in duplum. Gell. ibid. Cum eo, qui malo animo obtulerat, licet non fure is, apud quem furtum concipiebatur, oblati agebat in triplum. Gell. loc. cit., Paulus *Sent.* II., 31. 14. Furti prohibiti poenam plane ignoramus: non exhibiti duplum fuisse, arguit Plauti locus in *Poenul. III*, 1. 60. Sed

(f) *In crimine deprehensos Graeci αὐτοφώρους dicunt a verbo φωρῶ, deprehendo. De formula ἐπ' αὐτοφώρῳ v. Budaeum in d. L. 3., Alciatum Praetermiss. lib. 2., Rhodiginum Var. Lect. X, 6., & Ferandum Adduensem Explicat. I, 43.*

60. Sed concepti, oblati, prohibiti, & non exhibiti furti actiones tandem desuevere, §. 4. *h. t.*

§. XV. XVI. XVII. XVIII. Furti actio ei datur, cujus ex honesta caussa interfuit non subripi, §. 15. *h. t.*, L. *cujus* 10. ; & L. *seq.* *eod.* Dari eam malae fidei possessori, honestum non est, L. *itaque* 12. §. 1. *eod.* (g) Agit igitur creditor subrepto pignore, licet solvendo sit debitor, §. 16. *h. t.* quum quia pignoratitia actione conveniri a debitore potest, tum quoniam plus cautionis in re est, quam in personis, L. 25. *de R. J.* Facit locus Martialis *Epigr.* XII, 24. : agit conductor, veluti fullo vel sarcinator, subtractis furto vestimentis, non dominus; quum enim uterque custodiam praestet, *d. L.* 12., potest dominus locati agere cum utroque §. 17. *h. t.* : agit bonae fidei emtor, *d.* §. 17., modo res sit tradita; nam si adhuc penes venditorem sit, venditor aget, non emtor, qui nec dominus est, nec possessor, L. *eum*, *qui* 14. *eod. tit.* Eadem, quae de fullone ac sarcinatore, veteres de commodatario tradidere, L. *si ut certo* 5. §. *ult.*, L. 6., & L. 7. *D. commod.*, *d.* L. 14. §. 14. & *seqq.*, L. *si uxori* 28. *D. rer. amot.* Sed nonnulla in diversas partes differebantur. Et primum illud, an, si commodatarius tempore furti solvendo erat, tum, antequam furti ageretur, coepit esse non solvendo, actio ad dominum rediret: deinde illud, an commodatarius, qui duplum aut quadruplum, remque ipsam a fure recepit, omnem condemnationem deberet domino inferre. Qua in re non sibi constitit Papinianus, primum enim omne lucrum domino dedit, cui sententiae in Basilicis subscriptum *LX*, 6. : tum in contrariam Sabini sententiam abiit. Haec late Merillius in *L. ult. C. de furt.* Tandem Justinianus *d. L. ult.* veteres controversias dirimens furti actionem non commodatario dat, sed domino; neque enim eodem jure censendus, qui aut mercedem pro usu, aut operam praestat pro mercede, atque is, qui rem gratuito utendam accipit: atque ita actionem furti dat domino, ut nihilominus possit is, si id malit, contra commodatarium agere judicio commodati. Sed facta tandem actionis optione, nullus est reliquus poenitentiae locus, nisi dominus ignorans, rem esse subreptam, contra commodatarium egit: nam in hac specie, nisi ei sit a commodatario satisfactum, poterit actione commodati remissa, ad actionem furti redire. Jam fure electo commodatarius omnino liberatur, at electo commodatario, fur etsi non teneatur domino, tenetur tamen commodatario, qui satisfecit, *d. L. ult.* Quod ad depositarium facit, quoniam is custodiam non praestat, sed dolum; si res forte ei subrepta sit, quia restituendae ejus onus non habet, nec ob id ejus interest rem salvam esse, furti agere non potest, sed aget dominus, §. 18. *h. t.* Nihil obturbat, quod Auctor Declamationum *Decl.* 361. depositario det actionem in quadruplum contra furem; nam quandoque is leges fingit, quandoque ignorat. Quid si ponas, depositarium promisisse culpam, aut pretium depositionis, non quasi mercedem, accepisse? Alterutro casu aget furti, L. 2. §. 23. & 24. *de vi bon. rapt.*, cujus Legis verba vul-

(g) *Interdum furti fur agit.* Παράδοξον *hoc juris proponit, explicatque Cujacius Obs.* XVI, 30.

vulgo ab interpunctionibus mendosissima Cujacius emendat in §. *ult. tit. seq.* Hinc infer, ejus proprie intereſſe, qui voluntate domini rem tenet periculo ſuo.

§. XI. XII. XIII. XIV. Furti agitur cum fure: interdum etiam cum eo, qui furtum non fecit, ſi tamen ejus ope conſilio furtum ſit factum, puta, ſi quis tibi numos excuſſit, ut alius raperet, tibive obſtitit, ut alius acciperet rem tuam: & hoc veteres de eo ſcripſere, qui panno rubro armentum fugavit, §. 11. *h. t.*, & L. *in furti* 50. §. 4. *de furt.*; taurus enim ferre pannum rubrum non poteſt: unde ſaepe a Poetis ſimilitudines ductae. Hinc intellexiſſe ſe Hotomanus inquit locum Tullii *de Div. II*, 16., *Tu quid habes, quare putes, ſi paulo ante cor fuerit in tauro opimo, ſubito id in ipſa immolatione interiiſſe? an, quod adſpexit veſtitu purpureo excordem Caeſarem, ipſe corde privatus eſt?* Si quid eorum, non ut furtum fieret, ſed per laſciviam factum ſit, in factum actio datur *d.* §. 11., *d.* L. 50. §. 4. Utrum autem verba, *ope conſilio*, conjunctim accipienda ſint, an ſeparatim, quaeſitum eſt. Sabinus ea conjunctim accipiebat ex ſententia veterum, *L. qui ſervo* 36. §. 2. *eod.*, Labeo ſeparatim, ut ſatis eſſet, alterutrum dari. quod *verius* Paulo viſum in *L. ſaepe* 53. §. 2. *de V. S.* Hinc veteres illae notae apud P. Diaconum O. C. Quod Paulus adjicit, *poſt veterum auctoritatem eo perventum, ut nemo ope videatur feciſſe, niſi & conſilium malignum habuerit: nec conſilium habuiſſe noceat, niſi & factum ſequutum fuerit*, ſic accipe cum Cujacio in L. 28. *eod.*, ut qui conſilium dedit, non ſequuto furto, non teneatur, furto ſequuto, teneatur furti: qui vero opem dedit, ſemper teneatur; namque de ope data agi niſi facto furto non poteſt. Et convenienter quod ſcriptum eſt §. 12. *h. t.*, qui *tantum conſilium dedit, atque hortatus eſt ad furtum faciendum, non teneri furti*, perinde debemus intelligere, quaſi adjectum eſſet, *non ſequuto furto*. Sed debere conſilium certum & ſpeciale eſſe, quod *impellat*, *atque inſtruat*, uti Ulpianus loquitur *d.* L. 50. §. 3., rectiſſime hujus loci Interpretes admonuere. Interdum furti cum eo non agitur, qui furtum admiſit, ut ecce, qui in patrum, dominorumve poteſtate ſunt, furtum faciunt, actione tamen furti non tenentur, §. 13. *h. t.* & L. *ne cum filiofam.* 16. *de furt.*, in quam v. noſtras *Obſ. II*, 7. Et in ſervos quidem domini jure ſuo animadvertere domi poſſunt, nec quidquam illi proprium habent: filios autem famoſa furti actione a patribus conveniri, turpe, nec ferendum. At quorum ope conſilio a ſervis filiisve familias furtum eſt factum, eos furti teneri, non controverſi juris eſt, §. 14. *h. t.*

§. V. & XXI. Furti manifeſti actio in quadruplum eſt quum ex ſervi, tum ex liberi perſona, nec manifeſti in duplum, §. 5. *h. t.* Decemviri manifeſtos fures, qui aut noctu furtum facerent, aut interdiu ſe telo defenderent, occidi permiſerunt: ex ceteris autem manifeſtis furibus liberos verberari, addicique juſſerunt ei, cui factum furtum eſſet, ſervos verberibus affici, & e ſaxo praecipitari: nec manifeſtos autem duplo puniri. Sunt haec apud Gellium XI, 18., & in Fragmentis XII. Tab.

Tab.

Tab. 2.. Verum post Leges Poetiliam (*h*), & Porciam (*i*), quarum altera necti cives Romanos, addicique vetuit; altera verberari; Praetor nullo liberorum, servorumque discrimine quadruplum substituit. Ita quadruplum ex Edicto, duplum ex jure Decemvirali est. Jam quadruplari, vel duplari non quod interest, sed verum rei pretium, docet nos Ulpianus *L. in furti* 50. *de furt.* De creditore, qui subrepto pignore furti agit, sciri refert, agente eo adversus debitorem suum, pignoris dominum, quadruplari, duplarive summam pecuniae debitae, & usurarum ejus: agente vero adversus extraneum, ipsius pignoris summam, non debiti, *L. creditori* 87. *eod.* Igitur quadruplum, duplumve mera poena est, res ipsa aut vindicatur, aut condicitur: quumque actiones sint diversae inter se, neque eodem spectantes, consequitur, recepta re, salvam esse furti actionem, vindicationem vero, & condictionem tolli, solutaque quadrupli, duplive poena, salvam esse vindicationem, & condictionem, §. 21. *h. t.*, & *L. si pignore* 54. §. 3. *eod.* Ah haec vindicatio, aut condictio furtiva soli domino, furti actio etiam non domino datur, *L. in rem* 23. *de R. V.*; *L.* 1. *de condict. furt.*, & §. 15. *h. t.* Inter condictionem, & vindicationem hoc interest, quod haec adversus eum fit, qui possidet, sive furem, sive alium, *L. actionum* 25. *de O. & A.*, illa etiam adversus eum, qui non possidet, modo aut fur sit, h. e., qui contrectavit, non qui opem dedit, consiliumve, aut heres furis, *d.* §. 21., *L. ex furtiva* 5., & *L. seq. de condict. furt.* (*k*): nec omittendum, heredem *in condictione ex caussa furtiva non pro parte, quae pervenit, sed in solidum teneri*, ipsissima sunt Ulpiani verba in L. 9. *eod. tit.*, quae ideo placuit adscribere, ut confidentiam demireris Jac. Cujacii secus sentientis *Obs. VII*, 37. Sed is Merillio *Obs. VII*, 5. satis poenarum jam dedit.

TITULUS II.

De vi bonorum raptorum.

PR. Tit. §. I. & II. Furatur, qui rem domino ignoranti clam aufert: rapit, qui per vim & palam scienti, & invito, *L. quo naufragium* 3. §. 5. *de incend. ruin.* Hinc Thesprio servus in Plauti *Epidico* I, 1. *se minus jam furtificum* esse ajebat, quod *raperet propalam*. Raptor fur *improbus* Triboniano *pr. h. t.*, & *improbior* Juliano dicitur apud Ulpianum *L.* 2. §. 10. *h. t.*; quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? Et principio cum raptore actum, ut cum furetum Praetor peculiare judicium contra raptorem dedit intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas fuit, in quadruplum, post annum in simplum, *d. L.* 2. *pr.* Quadruplum in hac actione non totum poena est,

 ut,

(h) *Hanc tulere G. Poetilius, & L. Papirius Coss. an. U.* 427. *De hac egregie praeter ceteros Salmasius de mod. usur. c.* 18.

(i) *Hanc tulit Porcius Laeca Tribunus pl. ann. U.* 454.

(k) *Qui opem tulit, condictione teneri, Cujacius putat in L.* 28. *de V. S. Sed v. nostr. Obs. jur. III*, 8.

ut in actione furti; sed aestimationem continet ipsius rei, *pr. h. t.* Numquam igitur lenius cum raptore agitur, quam cum fure? Vide, ne eo labaris, ut putes, hoc uno deteriorem esse caussam raptoris, quod pro re vel minima hac actione teneatur, ut diserte Tribonianus *pr. h. t.*, non item furti actione; namque hoc posterius tam falsum est, quam quod falsissimum. V. nostram *Dissert. De furto rei minimae*. Eo deterior est conditio raptoris, quod tua optio sit, utra actione uti malis, num furti, an bonorum raptorum; non enim sustulit Praetor antiquam furti actionem adversus raptorem: & agi cum eo potest vel furti in quadruplum, si in rapina sit deprehensus, vel eo non deprehenso; pura, si quid fuit hominibus coactis ablatum de domo, in qua nemo erat, intra annum in triplum; post annum in duplum, *h.pr.*, *L. si quis 52. § ult. de furt.*, & *d. L. 2. §. 26. de vi bon. rapt.*: sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti actio: si ante furti, non est illa deneganda ut tantum id, quod amplius in ea est, consequamur, *L. 1. h. t.* Quod autem ibi scriptum est, qui rem rapuit, & *furti nec manifesti in duplum, & vi bonorum raptorum in quadruplum* teneri, de raptore non deprehenso prorsus est accipiendum, ut pluribus in nostris *Obs. I, 13.* Datur haec actio iis, quorum sive in bonis, sive ex bonis rapta res erat, *§. 2. h. t.*, ac *d. L. 2. §. 22.* In bonis esse res dicitur, quod in nostro dominio est: ex bonis, quod ita ad nos pertinet, ut nostra intersit ex caussa honesta eam non rapi, *d. §. 2.*, ac *d. §. 22.*: & generaliter sic habendum, ex quibus caussis in re clam facta furti actio competit, ex eisdem omnes habere hanc actionem, *d. §. 2.* Igitur ad commodatarium vim passum produces, quae de eo in caussa furti constituta sunt. Tenetur hac actione, qui rapuit dolo malo, *§. 1. h. t.*, & *d. L. 2.*; cumque dolus in animo lateat, perspicuis *insidiis* probandus est, *L. 6. C. de dol. mal.* (a). Ergo si quis rem esse suam putans, & imprudens juris ea mente rapuit, quasi domino liceat rem suam etiam per vim anferre, nec bonorum raptorum, nec furti tenetur, quod sonat τὸ *absolvi debet* in *d. §. 1.* Ceterum quia pessimi res est exempli sibi ipsi jus dicere, & nil adeo inimicum juri, quam vis, *L. qui jurisdictioni 10. de jurisd.*, & *L. extat 13. quod met. caus.*, qui rem suam eo animo rapit, jacturam rei facit, (quae non in fiscum redigitur, uti Cujacius, & Hotomanus existimant arg. *L. 8. C. Th. ad L. Jul. de vi*; nam non est sine certa lege pronunciandum pro fisco, *L. non puto 10. D. de jur. fisc.*, sed solatii loco cedit vim passo arg. *L. ult. C. de litig.*) qui alienam, & rem reddit, & porro infert aestimationem rei, *d. §. 1.*, *d. L. extat 13.*, & *L. 7. C. unde vi.* Idem de invasionibus rerum soli jus est, *d. §. 1.*, ac *d. L. 7.*

TI-

(a) *In d. L. 6. legunt viri docti* insidiis, *pro* indiciis. *V. Borcholten in h. §.*

TITULUS III.

De Lege Aquilia.

PR. Tit. Aquilia Lex Plebiscitum fuit. Ulpianus in L. 1. *ad L. Aquil.* Ejus auctor incertus, Probabile est, quod Pighius suspicatur *Annal. tom* 2. *p.* 330., latam a L. Aquilio P. F. L. N. Gallo, cujus Tribunatus incidit in an. U. 572. Vindicatum ea Lege damnum injuria datum, de quo & Legibus XII. Tab., & dein fortasse aliis ante Aqi iam cautum *d.* L. 1. Decemvirale Caput non exstat, sed in eo restituendo multum operae positum a Jac. Gothofredo, Raevardo, Marcilio, aliisque: quo fructu alii videant: mihi non vacat. Tria Legis Aquiliae Capita meminit Tribonianus. Plura fuisse, Balduini conjectura est, quam pulchre adstruit Noodtius *ad* L. *Aquil. c.* 1. Primum in Edicto proponitur in haec verba; *Qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem (a) injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto* L. *lege* 2. *eod.* & *pr. h. t.* Servi in L. Aquilia, in Ædilitio Edicto, & in universo prope jure Civili non honoratiores jumentis, L. *Ædiles* 38. §. 2. *de Ædil. Edict.* Hinc dicti Athenaeo *V*, 8. σώματα, *corpora*. (minus recte Latinus interpres Athenaei vertit *instrumenta*), ac Theophilo in *pr. Inst. de stip. serv.* ἀπρόσωποι, *non habentes personam* & habenda Floro gratia, quod eos *secundum hominum genus appellarit*; *Hist. III*, 20. Est id quidem *hominibus abuti*, ut Seneca loquitur *Ep.* 47.; sed summa juris civilis ratio ita postulabat. Magius *Miscel. I*, 12., Vossius *Inst. Orat. VI*, 8., Menagius in *Laert. II*, 78. Ait Praetor, *quadrupedem*, quo nomine eam intelligit, quae pecudum numero est, puta quae gregatim pascitur, §. 1. *h. t.*, & *d.* L. 2. §. 2. Dubitatum de suibus, fortasse quod olim non coirent in gregem, sed stabulis includerentur, vel, ut Scipio Gentilis conjicit *parerg. ad ff. II*, 8., quod veteres numero pecudum eas tantum quadrupedes haberent, quae juvarent agriculturam: quales non sunt sues, idcirco *ignavi* Ovidio dicti *Fast. IV*, 414. Et pecudum numero esse, Labeoni placuit *d.* L. 2. §. 2.: idque in *L. legatis* 65. §. 4. *de leg.* 3. confirmavit Marcianus Homeri testimonio ex Odyssaea, *Invenies hunc adsidentem suibus, quae pascuntur Juxta Coracis saxum, & juxta fontem Arethusam*. Ait, *injuria occiderit*, h. e., *nullo jure*, §. 2. *h. t.*, unde *damni injuriae* (b) *actio* in *pr. h. t.* Qui alienum hominem, quum tueri se aliter non posset, aut casu occidit, non tenetur hac Lege, *d.* §. 2., *L. scientiam* 45. §. 4. *eod.*, & §. 3. *h. t.*, nisi quid culpa

(a) Quadrupedemve pecudem *legit Hotomanus invitis omnibus Libris & fortasse omnes mendosi sunt; nam de sola quadrupede pecude primo Capite actum, de aliis tertio. Facile potuit* τὸ ve *in* vel *abire unius librarii vitio: tum ex uno mendoso Codice sexcenti alii describi.* Accursius τὸ vel exponit id est. *Id si malis, tibi non deerunt exempla.*

(b) Damni injuriae *precise dictam pro* damni injuria dati. *Veteres secundum pro sexto casu haud raro usurparunt. Sic in L. saepe* 53. *pr. de V. S.*, super pecuniae tutelave suae.

pa peccavit, qui casu occidit. Finge, ab eo, qui in jaculatorio campo jaculis ludebat, servum tuum in transitu occisum. Si jaculabatur miles *bellum discens per otia*, ut belle Manilius *lib.4. Astron.*, cessat Aquilia; nam non debuit servus iter intempestive facere per eum campum: si alius non miles, Aquiliae est locus, nam non militem in eo campo jaculari, culpa est, §. 4. *h. t.*, & *L. item si 9. §. 4. ad L. Aquil.* Finge etiam, occisum a putatore hominem dejecto ramo. Si ad viam publicam, aut vicinalem id factum est, neque is proclamavit (Romanorum formulae erant *Cave*, *Serva*, uti Atheniensium φυλάξαι. Brisson. *de Form. lib. 8. p. 736.*) culpae est reus, ac L. Aquilia tenetur: si seorsim a via, vel in medio fundo, licet non proclamaverit, extra culpam est, quia eo loco nulli extraneo jus erat versandi, §. 5. *h. t.*, *L. si putator 31. eod.*, *L. in lege 7. ad L. Cornel. de sicar* in *d. §. 5.* plerique Codicum habent, *proclamavit*, multi Charondae *praeclamavit*, uti Florentinus Liber habet in *d. L. 7. Praeclamare* hoc loco momentosum verbum est, nam clamare putator ante debet, quam ramus dejiciatur: & culpam esse, Paulus inquit *d. L. 31.*, *quod tum denunciatum esset*, *quum periculum evitari non possit*. Postremo finge, sectum a medico vulnerario servum tuum, tum ab eo derelictum. Si ob id moriatur, in culpa est medicus, §. 6. *h. t*, & *L. idem 8. eod* V. nostr. *Obs. I, 15.* Adnumeratur quoque culpae imperitia, §. 7. *h. t.*, sed imperitia tantum artis, quam profitemur, *L. si quis domum 9. §. 5.*, & *L. item 13. §. 5. D. locat.* Ergo & medicus, qui male secando, medicamentumve perperam dando (c) servum occidit, & mulio, qui per imperitiam non sustinuit impetum mularum, quo tua oppressa est quadrupes, Aquilia tenentur, *d. §. 7.*, *§. 8. h. t.*, ac *d. L. 8. pr.*, & *§. 1. eod.*, ubi idem dici Gajus addit, si sustinere impetum non potuit, *quum affectare quisque non debeat*, *in quo vel intelligit*, *vel intelligere debet*, *infirmitatem suam alii periculosam futuram*. Vides, levissimam culpam venire in hanc Legem: quod & in *L. 44. h. t.* diserte est cautum. Damnum tanti aestimatur, quanti res plurimi fuit in eo anno, *§. 9. h. t. Si pretioso pictori* (d), ait Ulpianus L. *inde 23. §. 3.*, *pollex fuerit praecisus*, *& intra annum*, *quo praecideretur*, *fuerit occisus*, *posse (eum) Aquilia agere: pretioque eo aestimandum*, *quanti fuit prius*, *quam artem*

(c) *Quae nunc est partitio eorum*, *qui medicinae vacant*, *in Medicos*, *Chirurgos*, *& Pharmocopolas*, *ea olim non fuit: quaeque nunc multorum*, *antiquitus Medici unius munia fuere*. *Hinc medicina diu a libertis*, *atque a servis facta*: *quod Brissonius Select. II, 3.*, *Freherus Parerg. II, 16.*, *& novissime contra Casaubonum*, *Sponium*; *& Meadium demonstravit Cl. V. Congers Middleton Diss.* de Medicorum apud veteres Romanos conditione. *Porro Medicorum nomine comprehenduntur quum mares tuum feminae*. *Apud Ulpianum in L. item si 9. h. t. est mulier obstetrix*: *suntque apud Gruterum Inscr. p. 636.* Sabina, Minucia, & Sentia Medicae. *De feminis medicinam facientibus selecta quaedam Cujacius Obs. XVII.*, 27.

(d) *Apud Graecos interdictum*, *ne picturam servitia edocerentur*: *apud Romanos ea servis permissa*. *Plin. Hist. XXXV.*, 10., *Buleng. de Pictur. I*, 2.

artem cum pollice amisisset. Pulchre Cujacius pro *eam* legit *erum* ex veteri literatura, h. e., *herum*. Pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur, L. *si servum* 32.: & non peremti tantum corporis, sed & ejus, quod interest, facienda aestimatio est, L. *ait lex* 21. 2.: idque ex interpretatione placuit, non ex verbis Legis, §. 10. *h. t.*; namque hoc differunt duae hae juris formulae, *Quanti interest*, & *Quanti ea res est*, quod hac verum, ac solum rei pretium, illa omnis utilitas, quae modo circa rem consistit, contineatur, *L. si sterilis* 21. §. 3. *de act. emt.*, & *L. haec verba* 193. *de V. S.* Quoniam vero id unice spectat Aquilia, ut damnum farciatur, nec damnum aliter videri farcitum potest, quam dato omni eo, quod interest; merito Prudentes sententiam scripto potiorem habuere. Occiso igitur servo herede scripto, antequam jussu meo adierit herditatem, hereditatis etim amissae habenda ratio est: & uno ex duobus comoedis servis, unove ex quadriga equorum occiso, id quoque in judicium hoc venit, quod decessit pretii ex iis, qui supersunt, *d.* §. 10.: quo pertinet illud Pauli in *L. proinde* 22. §. 1., *Caussae corpori coherentes aestimantur*. Quod si dolo occisus sit servus, & Lege Cornelia agi, & L. Aquilia potest: quumque haec rem familiarem, illa publicam vindictam spectet, si Aquilia sit actum, *Corneliae fieri praejudicium non debet*, §. 11. *h. t. d. L.* 23. §. 9. *eod.*, & *L. un. C. quando civ. act.* Sensu longe alio Paulus scribit L. *interdum* 4. *de publ. jud.*, in actione L. Aquiliae *praejudicium judicio publico fieri*, nempe hoc, ex ante judicatis in civili Aquiliae judicio exemplum, argumentumque sumi, quod judices in criminali L. Corneliae judicio sequantur. Ita non semper eadem τῷ *praejudicium* vis est. V. Cujac. in *d. L.* 4.

§. XII. Secundum Aquiliae Caput suo aevo in desuetudinem abiisse, ait Ulpianus L. *si servus* 27. §. 4. Idem Tribonianus habet §. 12. *h. t.* Uterque de ejus sententia ne verbum quidem unum. Et certe hic conjectore Oedipo est opus. Suam quisque symbolam attulere ad hunc locum Cujacius *Parat. D. & C. in h. t.*, *Marquardus Freherus Parerg. II.* 3., Cl. Chifletius *Lib. singul.*, Jac. Constantinaeus *Subtil. Enodat.* I, 6., & novissime Bynkershoekius *Ob. I*, 13. Contra Wisenbachius in *h* §., & Noodtius *ad L. Aquil. c.* 13. desperata ejus Capitis interpretatione haud se pudere ajunt nescire, quod scire nequeunt viri docti. Pronior ego sum in conjecturam Constantinaei, actum eo Capite, ut damnum a servis inlatum insciis etiam dominis in solidum farciretur, neque his satis esset servos noxae dare: quod quum nimis durum Romanis videretur, tandem desuevit. Conjecturae fundus duplex Ulpiani locus ex *Lib.* 18. *ad Edictum*, alter in *d. L.* 27., ubi quod §. 3. scribitur, *servi occidendis nomine dominum teneri*, continuo sequuntur haec §. 4., *Hujus Legis secundum Capitulum in desuetudinem abiit*, quasi scriptum sit, teneri dominum necis inscium non in solidum, ut olim ex secundo Aquiliae Capite, sed quanti est corpus ipsum, quod nocuit: alter in *L. si servus* 2. *de noxal.* ibi, *Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat: si autem insciente, noxalis est; nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat*: in quibus τὸ *nec enim debuit &c.* indicio

est

est, aliquando jus aliud fuisse, quod procedente tempore iniquum est visum. Simile est illud Triboniani §. 2. *infr. de noxal.*, *Summa ratione permissum est noxae deditione fungi; namque erat iniquum, nequitiam* (servorum) *ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse*. Quae damna fuisse secundo Aquiliae Capitulo comprehensa suspicati sunt alii, ea tertio comprehenduntur omnia.

§. XIII. XIV. XV. & XIV. Tertii Capitis haec verba sunt apud Ulpianum in *d. L.* 27. §. 5., *Ceterarum rerum* (e) *praeter hominem & pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria: quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto*. Igitur quidquid damni est praeter caedem servi & pecudis, tertio hoc Capite continetur, sive pecudes, vulnerentur, sive animantia, quae pecudum numero non sunt, occidantur, sive alia quaelibet fracta, rupta, usta, scissa, collisa, effusa, corrupta, & quoque modo in deteriorem statum adducta proponantur, §. 13. *h. t.* Huc spectat, qui fructus alienos immaturos decerpsit, dilleceritve, nam si maturos impensas tantum amittit, *d.* L. 27. §. 25.: qui in caussa est, ut naves mutuo occursu collidantur, ac damnum capiant; quo tamen casu, si de reo non liquet, suum quisque fert casum, *L. quemadmodum* 29. §. 4.: qui in alienum vinum, aut oleum id immisit, quo vinum, aut oleum corruptum est, *d.* §. 13. Quum primo, tum tertio Capite & qui dolo fecit, & qui culpa, obligantur, tertio tamen quanti in diebus triginta proximis, non quanti res fuit in eo anno, §. 14. *h. t.*, L. *ait lex* 21. *L. ita vulneratus* 51. *h. t.*, & L. *si quis* 3. §. 3. *de priv. delict.* Tò *plurimi* abest a tertio Capite; sed Sabino placuit, perinde habendam aestimationem, ac si etiam hac parte *plurimi* verbum adjectum esset, *d.* L. 29. §. *ult.* Aquilae actio vel directa, vel utilis, vel in factum, §. 16. *h. t.* Directa est, quae oritur ex ipsis verbis Legis; atque haec proprie in eum competit, qui suo corpore, & in corpus damnum intulit, puta, in eum, qui alienum servum, aut pecudem manu sua enecavit, *d.* §. 16., ac *d. L.* 51. Utilis est, quae a verbis quidem legis recedit, ex ejus tamen mente per interpretationem educitur, ut quum quis pecudem alienam ita inclusit, ut fame periret. In factum actio est, quae longius a verbis, & mente legis recedit, quum nec corpore, neque in corpus damnum datur, ut si quis miseratione ductus alienum hominem vinctum solvit, ut fugeret. Corpus igitur integrum remanere debet, ut locus sit actioni in factum. Haec ita scripta sunt apud Tribonianum. At quam is *utilem*, Labeo, & Naeratius *in factum* actionem dicunt apud Ulpianum in L. *item* 9. *h. t.* Id plus difficultatis, quam nuclei habet; namque idem earum omnium actionum effectus est, L. *actio* 47. §. 1. *de neg. gest.* Sed vide, si vacat, Merillium *Obs. III*, 26., & *VI*, 7., atque Huberum in *h.* §.

TI-

(e) *Veterem hanc esse loquutionem, derivatamque e Graeco fonte pro eo, quod vulgo dicimus*, quantum ad ceteras res, *Hotomanus docet Obs. IV*, 11, *Sic in Edicto Ædilium*, Ceterarum rerum, quantum damnum datum factumve sit dupli, *L. qua vulgo* 42. *de Ædilit. Edict. Adde Gasp. Schoppium Verisim. I*, 19.

TITULUS IV.

De injuriis.

PR. Tit. usque ad L. VI. Generaliter injuria est quidquid non jure fit: specialiter alias (a) est contumelia, quam Graeci ὕβριν appellant: alias culpa, quam Graeci ἀδίκημα (b) dicunt, sicut in L. Aquilia damnum injuria datum accipitur: alias injustitia, quam Graeci ἀδικίαν vocant; unde accepisse injuriam dicebatur is, contra quem Praetor, vel Judex non jure pronunciavit, *pr. h. t.*, & L. 1. *de injur.* Quod est in L. *jus pluribus* 11. *de just. & jur.*, jus reddere Praetorem dici etiam quum inique decernit, id ad solum pertinet effectum rei judicatae. Hoc loco injuriam definio dictum, factumve, quod corpus, dignitatem, pudoremve alterius laedit, *d.* L. 1. §. 1., & 2. Ajo *dictum*, *factumve*; injuria enim aut re fit, aut verbis, *d.* L. 1. §. 1. Fit re, si quis aliquem pugno, aut fuste percutiat: vel si cujus bona possideat, quasi debitoris; quum intelligat, nihil illum sibi debere, nam qui bona possidet veri debitoris, non tenetur injuriarum: vel si matremfam., praetextatamve adsectetur, vel si cujus pudicitiam adtentet, §. 1. *h. t.*, & L. *item* 15. §. 15. 20. & 22. *eod.* Adsectatur, qui *tacitus frequenter sequitur*, *assidua enim frequentia quasi praebet nonnullam infamiam*, *d.* §. 22. Pudicitiam adtentat (id caste & praecise Ulpiano dicitur mulierem *appellare d.* §. 15.) qui blanda utitur oratione in eam rem, *d.* §. 20. Sed non quisquis adsectatus est, aut appellavit, conveniri hoc judicio potest, quid enim si officii, vel colludendi gratia id fecit? Contra bonos mores, ac dolo eum fecisse, necesse est, *d.* L. 15. §. 23. Sunt alia realium injuriarum exempla apud Ulpianum, quorum elegantissimum illud in §. 27., si quis ad invidiam alicujus lugubri, aut squalida veste utatur, barbamve demittat submittatve, h. e., non tondeat capillos. Argumenta haec moeroris edebant Romae reorum consanguinei & adfines, neque id aliis licebat, nisi ita conjunctis, ut inviti in reos testimonium dicere cogi non possent, L. *vestem* 39. *h. t.*; namque aliorum moeror taciti in reos testimonii loco esse videbatur. At vero haec eadem facere ad conflandam alteri invidiam, puta, ut reus haberetur, quum non esset reus, erat facere injuriam. Ulpiani locum multis illustrat Cujacius *Obs. VI*, 5. Fit verbis, si convicium dicatur: quae proprie *contumelia* est a contemnendo, L. 1. *h. t.* Ignoratione juris a Seneca scriptum *Lib. In sapientem non cadit injuria cap.* 11., *Contumeliam leges nulla dignam vindicta putaverunt*: pro verbis probrosis animo contemnendi in aliquem jactatis prodita legibus est actio injuriarum, L. *illud* 3. §. 1., *d.* L. 15.

(a) *Colerus Parerg.* 32. *mavult* alia est, *uti legitur in Collat.* LL. *Mosaic.* II, 5.

(b) *Alibi est* ἔγκλημα. *V. Salmasium ad Jus Atticum c.* 7., *& de Mod. usur. c.* 17., *Heraldum Obs. c.* 46., *& ad Jus Atticum* XI, 9., *atque A. Schultingium in Collat.* LL. *Mosaic. II*, 5.

L. 15. §. 14. *D.*, & *L.* 5. *C. eod.* Convicium autem a vocum collatione est, quasi *convocium*, *d. L.* 15. §. 4., unde apparere Ulpianus subdit §. 11., non omne maledictum convicium esse, sed id solum, quod cum vociferatione dictum est. Porro nonnisi ex falso convicio injuriarum actio datur. *Eum, qui nocentem infamavit*, Paulus scribit *L. eum qui* 18., *non esse bonum aequum ob eam rem condemnari; peccata enim nocentium nota esse & oportere, & expedire*. In rem Horatius *Serm. II*, 1. . . . . . . *Si quis Opprobriis dignum latraverit, integer ipse, solventur risu tabulae, tu missus abibis*. Haec de forensi actione. At vero vel nocentissimum infamari, prorsus vetat Christiana morum disciplina. Non tantum re, aut verbis, sed & scripto injuria fit, (hanc ad alterutram illam speciem refer) si quis ad infamiam alicujus libellum scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, *d.* §. 1., *L. Lex Cornelia* 5. §. 9. *h. t.*, & *L. un. C. de famos. lib.* Malum carmen Lege XII. Tab. fuste punitum *Tab.* 7. V. Horatium *Epist. II*, 1., & Cornutum in *Pers. Sat.* 1. Latius haec in nostr. *Obs. III*, 18., ubi & de L. Julia, & S. C. ad eam facto. Tandem capitali poena coërcitum Constitutione Valentiniani, ac Valentis in *d. L. un.* Injuriam patimur non per nos solum, sed & per liberos in potestate nostra constitutos, §. 2. *h. t.*, & *L.* 1. §. *ult. eod.* Aget igitur pater & filii nomine, & suo, ac duplici judicio & suam persequetur injuriam, & filii, *L. pater* 41.: Si vero in injuriam consentiat filius, tantum suo, quia nulla est injuria, quae in volentem fiat, *L.* 1. §. 5. Quod si nec praesens sit pater, nec procurator quisquam existat, caussa cognita ipsi filiofam., cui facta injuria est, judicium se daturum Praetor ait, *L. sed si unius* 17. §. 10.: quod & *utile*, & *extraordinarium* appellatur, *L. si longius* 18. §. 1. *de judic.*, & *L. quum filiusfam.* 17. *de reb. cred.* Consectaria sunt haec patriae potestatis. Ergo illata emancipatis injuria parentes non attingit, itemque si ante emancipationem non sit actum injuriarum, potius emancipato filio, quam patri agendi jus est, *d. L.* 17. §. 14. & 22. Eodem cum filiisfam. jure censitas olim uxores, quae in manum convenerant, nullus dubito. Neque aliud jus est; licet non conveniant in manum, ut in nostr. *Obs. I*, 17.; namque Prudentum interpretatione eo tandem est ventum, ut satis esset, eum, qui injuriam accepit, nostro affectui ac tutelae subjici, *d. L.* 1. §. 3., unde socer agit nurus nomine, cujus vir in potestate est, licet ea non sit, *d.* §. 2., & L. 1. §. 3. *h. t.*. Nunquam tamen per virum uxor injuriam patitur; defendi enim ab uxoribus viros non minus turpe, quam hos esse sub imperio illarum, *d.* §. 2. Per servos quoque patimur injuriam, si quid tamen atrocius commissum est, ut si eis inflictum sit vulnus; nam pro convicio, pugnive ictu non agimus, §. 3. *h. t.*, quod enim servis ipsis, utpote ἀπρόσωποις, nulla fieri injuria intelligitur (c), ac tota redundat ad dominos, tale fuisse factum est opus, quod non ad servorum emendationem, sed ad dominorum contumeliam aperte spectet, ut proinde si quis meum servum cae-

(c) *Civile jus primum sub Augusto injurias servis factas adgnovit*, *puta, quae a dominis fierent: qua de re in* §. 1. *de his, qui sui vel alien. Lib. I.*

caedat, qui se gerit pro libero, quemve ille alienum putat, non caesurus, si meum sciret, teneri mihi non debeat injuriarum, d.L.15.§.45. Quod inlata servo injuria domini tota est, consequitur, si communis servus afficiatur injuria, non pro ea parte, qua quisque est dominus, sed ex dominorum persona ac dignitate illius fieri aestimationem, §. 4. *h. t.* At enim partes dominicas spectari vult Paedius apud Paulum in L. *sed non esse* 16. Video, nec tamen cum Paedio componere Tribonianum conabor, uti Vinnius, & Wisenbachius, quorum acutas nugas pudet in medium adferre: Apertum dissidium adgnosco hic cum Cujacio: quumque in servo domini dignitas laedatur, subscribo libens Triboniano. Sed hunc vero sententiam Paedii in Digestis probantem quis excuset? Quod si servi usumfructum unus, alter habeat proprietatem, hic aget injuriarum, quia hic est dominus, nisi injuria ad fructuarium respiciat, §. 5. *h. t.*, & *d.*15.§.47. Idem jus est, si aut liber homo, aut alienus servus mihi serviat bona fide, nam non aliter mihi actio cum eo est, qui fecit injuriam, quam si in meam contumeliam fecit: nisi fecerit in eum finem, aut ipse liber nomine suo, aut dominus experietur, §. 6. *h. t.*, & *d.L.*15.§.48.

§. VII. usque ad X. Lege XII. Tab. si cui quis membrum rupisset, ei paciscendi super ea injuria potestas erat: in non pacifcentem talione, h. e., membri rupti reciprocatione animadvertebatur: si cui libero os fregisset CCC., si servo, CL. sestertiorum: ac si qnam aliam re verbove injuriam fecisset, XXV. assium (*d*) poenae erant, satis quidem acerbae pro magna veterum paupertate, de qua Livius *XI*, 51., & Halicarnassaeus *V*, 47. Decemviralem hanc Legem fuse exponit, tueturque adversus Phavorinum Philosophum Caecilius Jurisconsultus apud Gellium *XX*, 1. Adde J. Gothofredum *in Tab.* 7., & A. Schultingium in *Collat.* LL. *Mosaic. II*, 5. Os est non *os oris*, ut perperam Alexander ab Alex. *Dier. genial. VI.*, 10., sed *os ossis*, ut Gellius docet. Quo differat a fracto ruptum, nescire se Balduinus inquit *in* LL. *XII*, : at ruptum a fracto diserte separat Lex Aquilia §. 1. *sup. de* L. *Aquil.* Ruptum est corruptum quoquo modo, ut in *d.* §. 13., ac fortasse est hoc loco decoloratum: fractum certe est factum in partes. Tandem numariae Legis XII. Tab. poenae oboluerunt, injuriasque Praetor impensiore damno vindicavit. Caussam Edicto dedit quidam L. Veratius pecuniosus, & egregie improbus homo, qui pro delectamento habebat os hominis liberi depalmare, tum de crumena, quam pone sequens gerebat servus, numerari pecuniam jubebat. Tam immani licentia perculsus Praetor edixit, se injuriis aestimandis recuperatores daturum. Gell. ibid. Primum autem is, qui fuerat injuriam passus, eam aestimabat: deinde Judex vel tanti, quanti ille aestimaverat, vel minoris, ut ei videbatur, reum damnabat: quod §.7.*h.t.* probat Tribonianus. Jam vero Judicis partes sunt, non modo injuriam ipsam, sed & laesi dignitatem honestatemque pensare: quod

(*d*) *An* Sestertiorum? *Gellius Noct. XX*, 1. assium, *Paulus in Collat.* LL. *Mosaic. II*, 5.sestertiorum *meminit. V. Cujacium Obs. XIX*, 31., *Salmasium de Mod. usur. c.* 6. & 17., *atque A. Schultingium in cit. Pauli loc.*

quod *& in servili persona* (e) observandum est, nam... *discrimina quaedam sunt famulis, splendorque suus*. Claudian. *in Eutrop.* I, 29. Et vero pluris aestimanda injuria est, si servo *actori* fiat, *cui dominus omnium rerum credit*, ut eleganti Ellipsi Plautus loquitur *Asin. II*, 4. 54., quam si *medii actus homini*, h. e., mediastino, aut vilissimo, compeditove fiat, *d.* §. 7. Refer huc quod de atroci injuria Tribonianus habet §. 9. Atrocem injuriam, quae & *contumeliosior*, & *major* appellatur in L. *Praetor* 7. §. 7. *h. t.*, aut persona, aut tempore, aut re ipsa fieri, Labeo apud Ulpianum ait *d.* L. 7. §. 8.; persona, si Magistratui, si patrono, si parenti fiat, maxime si viro in dignitate posito ab humili homine inferatur: quod addendum ex Paulo *Sent. V.* 4. 10., ac Triboniano *d.* §. 9.: tempore, si fiat *ludis*, ut Labeo, i. e., si *in Theatro*, uti Tribonianus inquit, *& in conspectu Praetoris* (f) ludos edentis; re demum, si vulnus inlatum sit, aut os percussum. Nonnunquam ipse vulneris locus atrocem injuriam facit: quod ad tertiam atrocis injuriae caussam recte potest referri. Edictum Praetoris sequuta est Lex Cornelia, quam de injuriis ad Populum tulit L. Cornelius Sylla forsan eo tempore, quo Remp. constituebat, bello civili, & caedium impunitate, ac proscriptione jactatam, ut bene Hotomanus. Ea injurias manu tantum inlatas vindicavit: retulitque omnes ad caussas omnino tres, *quod quis pulsatus, verberatusve, domusve ejus vi introita esset*, L. *lex Cornelia* 5. *pr. h. t.* Verberare interpretatur ex Ofilio Ulpianus cum dolore caedere, pulsare, sine dolore (g): accipitque domum non domus proprietatem, sed domicilium, ut num quis suam domum incolat, an alienam, nihil intersit, *d.L.* 5 §. 1. & 2. Criminale erat Legis Corneliae judicium, & in reos extra ordinem animadvertebatur, Paulo teste *Sent. V*, 4. 8., non tamen publicum, uti Duareno, & Cujacio visum. Privatum esse, disertissime traditur in *L. licet* 42. §. 1. *de proc.*, *L.* 7., & *L. ult. C. h. t.* Potest autem injuriam passus vel civiliter agere ad aestimationem, vel criminaliter ad extraordinariam poenam, §. 10. *h. t.* Te *vel* altera actione consumi alteram probat. Civilis furti ac bonorum raptorum actio recte conjungitur cum criminali, quod haec vindictam, illa spectet rem familiarem; at vero utraque injuriarum actio vindictam solam. Generaliter ab Ulpiano scriptum est, in L. *item* 15. §. 46. *de injur.*, actionem injuriarum non ad damnum pertinere, sed *ad contumeliam*, seu ad vindictam: ac ne quis locum hunc referat ad solam criminalem, Paulus facit in *L. quum emancipati* 2. §. 4. *de collat. bon.*, ubi de civili agens scribit, eum *magis vindictae*, *quam pecuniae persequutionem habere*: quod sic esse explicandum, *vindictae*, *non item pecuniae*, pronum est colligere ex eo, quod ibi Paulus ait, emancipatum filium, qui injuriarum habet actionem, nihil conferre. Particulam alteram *d.* §. 10. dabimus Tit. X. §. XI.

(e) *Ecce tibi personam, quae persona non est. Sunt & alia quaedam exempla apud Brissonium de V. S.*

(f) *Cujacium emendantem in* P. Romani conspectu *Obs. IX*, 16. *recte Fornerius notat Select.* I, 21.

(g) *Vallae, qui contra putat, pulsare esse gravi, & vehementi ictu caedere, vide quid reponatur apud Dukerum de Latinit. Jurisc.* c. 47.

§. XI. Injuriarum tenetur non solum is, qui per se fecit injuriam, sed & qui dolo malo fecit, ut alius faceret, *h. §.*, & *L. non solum* 11. *h. t.* Dolo fiunt injuriae, non sola culpa, uti damna. Si quando aut aetas, aut alia caussa doli suspicionem amovet, nulla injuria est, *L. illud* 3. §. 1. & *seqq.*, ac *L.* 4. *h. t.*

§. XII. Actionem injuriarum tollunt Annus, *L. sed si* 17. §. 6. *D.*, & *L.* 5. *C. h. t.*, continuus ne, an utilis, non liquet (*h*): Remissio, sive expressa; qualis pacto (*i*), vel transactione fit, *d. L.* 11. §. 1., sive tacita, qualis ex blanda salutatione, manuum junctione, compotatione amica; aliisque pacati animi indiciis eruitur ut ut levibus: quod odio poenarum, & favore ἀμνηστίας receptum est (*k*): Dissimulatio, de qua *h. §.* Tribonianus, puta, si quis injuriam, *statim ut passus est, ad animum suum non revocet*, h. e., si eam, quo ipso tempore fiebat, non ut rem indignam accepit, uti explicatius Theophilus hoc loco, seu quam *accepit immota mente*, uti Seneca loquitur *de Const. sap. c.* 9.: ac mors demum actoris reive nondum contestata lite, *L. injuriarum* 13. *h. t.*

TITULUS V.

De obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur.

PR. Tit. Vere delinquimus dolo semper, interdum & imprudentia, ut in L. Aquilia: quasi delinquimus nonnisi imprudentes. Quatuor quasi delicta habes *h. t.* Primum est Judicis per imprudentiam male, i. e., contra jus certum judicantis, *pr. h. t.*, & *L. si quis absentis* 5. §. 4. *de O. & A.*; nam si male judicet per dolum, vere delinquit: quum dolus ipse delictum sit, ac generale delictorum omnium nomen, quo utimur, si quando proprium deficit. Utroque casu is *litem facit suam* (*a*), *d. pr.*, ac *d. L.* 5. §. 4., & *L. filiusfam.* 15. §. 1. *de jud.c.*, h. e., litis periculum subit, quasi sua lis fit: quo sensu Gellius *X*, 1., *Ego*, inquit, *adversus eum, qui doctus esse videbatur, litem meam facere nolui.* Patronum sui aevi ejus formulae vim ignorantem ridet Cicero *de Orat. lib.* 1. Sed refert; num male judicet dolo, an imprudens; si dolo, veram semper ac solidam praestat litis aestimationem, & infamia notatur, *d. L.* 15. §. 1., *L. ult. C. de poen. jud.* (*b*): si per imprudentiam, salva existimatio-

ne,

(h) *Pro continuo edisserit Wisenbackius: pro utili ejus discipulus Ulricus Huber in h. t.*

(i) *Regulariter pactum actiones non tollit, sed tantum prodest ad exceptionem*, §. 3. *infr. de except. At injuriarum actio pacto tollitur ipso jure*, *L. si tibi* 17. §. 1. *de pact.*

(k) *V. Grotium de J. B., & P. III*, 20. 18.

(a) *De judicibus in forum ad judicandum commeantibus, ne litem facerent suam, v. Macrob. Saturn. II*, 12., *& Turneb. Adverf. XIX*, 26.

(b) *Criminales Legis XII. Tab. ac L. Juliae repetundarum poenas v. apud Gellium XX*, 1., *& Macrum in L.* 3., *& L.* 7., §. 3. *ad L. Jul. repet.*

re, poenam sustinet, quantum de ea re religioni judicantis aequum videtur, *d. pr.*, & *L. ult. de var. & extr. cogn.*: religio autem judicantis in eo versatur, ut si res mea mihi abest omnino, puta, si appellare paupertas non permisit, ut in *L. si procuratorem* 8. §. 8. *mandat.*, judicem, quasi male judicaverit per dolum, in id omne condemnet, quod interest mea; *quid enim refert, sordibus judicis, an stultitia* (c) *res perierit*, L. *si per imprudentiam* 51. *de evict.*: si vero non abest, quod appellavi, eum in summis condemnet in litem factos: quae multo uberius pertractat Janus a Costa in *pr. h. t.* Ita Ulpiano in *d. L.* 15. belle convenit cum Gajo in *d. L. ult.*, quos dissentire ajebat Budaeus jure a Cujacio reprehensus *Obs. VIII*, 9. Quid est autem caussae, cur medicus male per imprudentiam secans vere delinquat, §. 7. *sup. de L. Aquil.*? Haec adferri discriminis ratio probabiliter potest, quod munus judicis utpote publicum imponatur etiam invitis: medicus vero sua sponte faciat medicinam, artisque peritiam profiteatur: quod hominum genus Leges nunquam excusant. De judice ita cautum est, non de Magistratu. Judex & si quandoque Jurisperitos in consilium adhiberet, Gellio teste *Noct. XII*, 13., debebat tamen ipse per se caussam cognoscere, ac dijudicare, *Nov.* 82.: Magistratus autem Jurisconsultos habebat perpetuos adsessores, nec tenebatur nisi de dolo: ceterum si per imprudentiam jus aliter dicebatur, quam oportebat, id non Magistratui debebat, sed Adsessoribus nocere, *L. hoc Edicto* 2. *D. quod quisque jur.* Fuisse Magistratus ut plurimum militares, legumque ignaros, Cujacius docet in *d. Nov.* 82. v. Hotomanum *Illustr. Quaest. c.* 38.

§. I. & III. Secundum quasi delictum ejus est, ex cujus coenaculo vel proprio, vel conducto, vel gratuito, in eum locum, quo vulgo iter fit, dejectum effusumve est aliquid, quo alteri nocitum est §. 1. *h. t.* & L. 1. *de his, qui effud.* Si quid culpa ipsius habitatoris dejectum, effusumve sit, id verum ejus delictum est Lege Aquilia coërcendum; si culpa *aut servi, aut liberi* (d) sive hospitis, clientis, libertive, ut in *L.* 5. §. 1. *eod.* sive alterius suas illi operas locantis, quasi delictum est, quum teneatur ex facto alieno. Et quidem servos liberosve improvidos habere, factum est maleficio affine: atque hinc Praetor habitatorem suam suorumque culpam jubet praestare, *L. hoc Edictum* 6. §. 2. *de his, qui effud.* Edictum hoc Praetoris *de dejectis, & effusis* publica utilitas suasit: *publice enim utile est sine metu & periculo per itinera commeari*, *d. L.* 1. §. 1.: quodque eo non publicis viis, sed iter facientibus prospectum est, num publicus, an privatus sit locus, nihili refert, dummodo per eum vulgo iter fiat, *d. L.* 1. §. 2. Cum habitatore agitur, ac si plures in eodem coenaculo habitent, cum quovis, *d. L.* 1. §. *ult.*, quum *impossibile* (h. e. perquam difficile) sit scire, quis dejecisset, vel effudisset, L. 2. *eod.* Porro in solidum agitur, ac si cum uno sit a-

dum

(c) Stultitia *est imperitia juris. Hinc juris inscientes* stulti *Paulo dicti in L. regula* 9. §. *ult. de jur. & fact. ign.*

(d) *Ita Trib nianus hic ex* L. *si quis absentis* 5. §. 5. *de O. & A. in quam Graeci* τὸ liberi *male vertunt* τῦ μὴ lilii.

ctum, ceteri liberantur, L. 3. eod. tit.: quod in veris delictis secus est, L. item 11. §. 2. ad L. Aquil. At si plures diviso inter se coenaculo habitent, in eum solum actio datur, qui partem inhabitat, unde effusum, dejectumve est, d. L. 5. pr. Jam vero Praetor in duplum damni dat actionem h. §., & d. L. 1.: quum tamen civile L. Aquiliae judicium, quod ex vero delicto est, nonnisi ob inficiationem sit in duplum, §. 26. infr. de act.: tantae molis fuit consulere viarum securitati. At si eo ictu periisse homo liber dicatur, poenam constituit aureorum quinquaginta, quod in homine libero nulla fieri aestimatio corporis potest, d. §. 1. ac d. L. 1. pr., & §. 5. Denique si liber homo vivat, nocitumque sit ei, quantum ob eam rem aequum judici videtur, tanti judicium dat, d. L. 2. pr.: quae verba pertinere Ulpianus inquit §. 6. non ad damna, quae in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta ejus, vel quid aliud scissum, corruptumve est; sed ad ea, quae in corpus ejus admittuntur, si forte illatum ei vulnus, mutilatumve sit membrum; quo casu & mercedes medicis praestitae, & cetera impendia in curationem facta, & operae, quibus is caruit, cariturisque est ob eam rem, a judice computantur; nulla autem cicatricum aut deformitatis aestimatio fit, quia affectiones sunt liberi corporis, quod non recipit aestimationem, L. ult. eod. Tertium quasi delictum ejus est, qui in suggrunda, protectove supra eum locum, quo vulgo iter fit, id positum, suspensumve habeat, cujus casus nocere cui possit: in eumque Praetor solidorum, seu aureorum decem in factum judicium dat, d. §. 1., & d. L. 1. §. 6. Hic non est opus fuisse nocitum, sed posuisse est satis: nec quidquid positum est, sed quod ita est positum, ut nocere possit, id solum prospicit Praetor, L. si vero 5. §. 11. eod. Praeterea tenentur Edicto quum domini, tum inquilini, sive inhabitent, sive non, habent tamen aliquid expositum in suggrunda, protectove, (loca haec exempli caussa expressit Praetor) coenaculo, horreo, aliave quavis parte domus, d. L. 5. §. 8. & 9. Quartum quasi delictum est nautae, cauponis, stabularii, si quod damnum, furtumque in navi, caupona, stabulo ab aliquo eorum fit factum, quorum opera navem cauponam, stabulum exercent, §. 3. h. t. ac L. si quis absentis 5. §. 6. de O. & A. Tenentur autem in duplum, L. debet 7. §. 1. naut. caupon. stabul.: sicque una eademque poena viarum, & viatorum, vectorumque securitati consuluit Praetor. Jam vero exacuit Praetorem, quae ex vilissimorum, perditissimorumque hominum consuetudine de nautis, cauponibus, ac stabulariis mala emanaverat fama, de qua Horatius Serm. I, 5.; honoratiores enim viri divertebant ut plurimum ad honestissimos hospites, atque a meritoriis navibus abstinebant (e). Sunt hae actiones in factum, & heredi quidem competunt, non contra heredem, d. §. 3. h. t.: quod omnibus poenalibus actionibus commune est, §. 1. infr. de perpet. & temp. act.

§. II. Quid si filiusfam. judex litem faciat suam, ex ejusve seorsim a pa-

(e) *Alia est actio de recepto ex contractu in simplum. V. L. 1. & 3. §. 1. 2. 3. 4. & 5. D. naut. caup., Cajacium Obs. XXVII, 31., & Noodtium Obs. II, 9.*

patre habitantis coenaculo effundatur, dejiciaturve aliquid, vel contra Edictum pendeat? Juliano placuit, in patrem neque de peculio actionem, neque noxalem dandam (Jure veteri filiifam. nomine noxalis cum patre erat, §. *ult. infr. de noxal.*) sed cum filio ipso agendum ex hoc Edicto, §. 2. *h. t.*, *d.* L. 5. §. 5. *de O & A.*; nam de peculio actio in patrem non datur, nisi ex *d.* L. 1. §. 7. *de his*, *qui effud.*, nec nisi ex vero maleficio dabatur noxalis, *d.* §. *ult.* In L. *filiusfam.* 15. *de judic.*, quae Juliano graviter obstat, v. Corasium *Misc. IV*, 3., Cujacium *Obs.* XIII, 18., & Fabrum in *Rational.* Ecquid prohibet, ne de filiofam. navim, cauponam, stabulumve exercente idem dicamus? Ex diverso quod de exercitore Ulpianus scribit L. *un.* §. 5. *furti adververs. naut.*, eum servi sui nomine noxae dedendo se liberare, alieni vero servi, aut liberi hominis nomine in solidum teneri, quid vetat, ne idem de eo affirmemus, qui Edicto de dejectis, & effusis, aut de positis ; & suspensis tenetur? Certe utroque casu constat ratio illa Ulpiani; in servo proprio, quasi in domestico malo, ignoscendum domino esse, si noxae dedere paratus sit: de alieno autem, vel libero homine statuere eum debuisse, qualis esset, seu, ut luculentius idem Ulpianus L. *ult.* §. 4. *naut. caup.*, explorare debuisse, cujus fidei, & innocentiae esset.

TITULUS VI.

De actionibus.

PR. Tit. §. III. & XV. Tertium juris objectum Actiones, de quibus mihi dicere instituenti operae pretium videtur vocabula quaedam huc congerere, & explicare. Sunt autem haec *actio*, *condictio*, *petitio*, *vindicatio*, *persequutio*, *actio legitima*, *civilis*, *Praetoria*, seu *honoraria*, *directa*, *utilis*, & *in factum*. *Actionis* nomen ab *agendo*, h. e., tractando: non enim alio sensu cum reo agitur, quam quo olim cum populo agi dicebatur. Qui actionem ab agendis in jus reis derivant, nae ii Latine nesciunt. Homines in jus *duci*, *rapi*, *trahi* Latine dicitur, *agi* vero asellos, equosve, quos praeeuntes voce, aut virga urgemus. Porro aut *agere* ἁπλῶς, aut *cum aliquo agere*, aut *agere adversus aliquem* Latini ajunt: *reum agere* insolens verbum est. Celso in *L. nihil* 51. *de O. & A.*, ac Triboniano *pr. h. t.* *Actio* est *jus persequendi in judicio, quod sibi debetur*. *Jus* est non *formula*, uti Cujacius, & Hotomanus putant (a), sed potestas jure data: in quam sententiam *pro jure suo agere* Latine dicitur: & ususfructus, iter, aquaeductus, ac sexcenta alia a Jurisconsultis dicuntur *jura*: & quemadmodum bonorum possessio non ipsa est patrimonii persequutio; sed jus persequendi, ita actio non persequutio ipsa, sed persequendi jus est, unde *actionem competere* in libris juris non aliud, quam *competere facultatem agendi*, uti loquitur Gajus in *L.* 1. *de eo*, *quod cert. loc.* *Persequi* Latinis est eo usque sequi, donec, quod sequimur, adsequamur: hoc loco est aut rem nostram, quae nobis abest, aut reum ipsum judicio sequi, ducta metaphora a feris fugientibus; namque & res no-

(a) *V. nostr. Obs. II*, 16.

noſtra, ſi reus reddere detrectet, & reus ipſe, qui nobis eſt obligatus, ſi dare, facere tenuat, quodammodo nos fugiunt: quo ſpectant Graeci reum φεύγοντα appellantes. *In judicio* eſt apud judicem arbitrumve (b). Qui non per alterutrum repoſcit, vim facit, L. 13. *quod met. cauſ.* At vero *in jure* eſt apud Magiſtratum, *L. jus pluribus* 11. *de juſt. & jur.*, *L. ſi filius* 11. *de interrog. in jur. fac.* In jure edebatur, ac poſtulabatur actio; in judicio exercebatur: qua de re Sigonius *de Judic. I*, 19. 20. & 28. Sed poſtquam Conſtitutione Diocletiani in *L. 2. C. de pedan. judic.* Magiſtratus ipſi judicare juſſi ſunt, nec niſi juſtas ob cauſſas dare judices poſſe coeperunt, τό *in judicio* ad datos judices aeque pertinet atque ad ipſos magiſtratus. Reliqua ſunt ea, *quod ſibi debetur*, quibus Hotomanus hic, & *Obſ. III*, 7. addidit haec alia, *vel quod ſuum eſt*, quum enim proprie dicantur deberi, quae adhuc noſtra non ſunt, *L. ſcribit* 34. *de aur. arg. leg.*, Celſi definitio in rem actiones non compleceretur, quibus, quae noſtra ſunt, petimus. Celſum ab Hotomani nota operoſe vindicat Riccius *Vindic. jur. c.* 12. Mihi adblanditur conjectura, quae & aliis ſedit, definire Celſum voluiſſe ſolas in perſonam actiones: Tribonianum autem verbo *debendi* latiſſime accepto, ut in *L.* 178. §. *ult. de V. S.*, omnes ea definitione comprehendiſſe. V. noſtr. *Obſ. I*, 12. Generalis haec eſt acceptio actionis: at ſpeciali acceptione *actio in perſonam infertur*, inquit Papinianus *L. Actio* 28. *de O. & A.*: &, quod Ulpianus addit *d. L.* 178. §. 2. *de V. S.*, id *plerumque* ſonat in libris juris. Proprio vocabulo perſonalis actio vocatur *Condictio* a *condicendo*, quod priſca lingua erat denunciare, §. 15. *h. t.*, h. e. diem locumque ſtatuere communi conſenſu. Condictio eſt, inquit Feſtus, *in diem certum ejus rei, qua de agitur, denunciatio*. In jure augurali appellatur *condictio*, verba Servii ſunt in *Virg. Æneid. III*, 117., *quum denunciatur, ut ante diem tertium quis ad inaugurandum adſit*. V. Gronovium *Obſ. I*, 2., Graevium in *Cic. pro Rabir. c.* 5. & Duker *de Latinit. Juriſc. p.* 307. & *ſeqq.* Jam ſolenne olim erat, ut litigatores litem conteſtati denunciarent ſibi in diem tertium, quo ad judicium venirent. Tertius is dies *perendinus* dictus: unde *comperendinatio*, de qua Aſconius in *Verrin.* 3. *c.* 9. Hinc notae illae apud Probum *I. D. T. S. P.*, *in diem tertium, ſive perendinum*. Sigon. *de Judic. I*, 27. Cur autem in perſonam actiones nomen condictionum habuere? Num quod in perſonalibus tantum actionibus eae denunciationes fierent, non item in vindicationibus; quum paucorum dierum mora reo obligato neceſſaria ad inſtruendam cauſſam fuerit, quae vindicata re neceſſaria non erat? an quod, indico in rem actionibus proprio vindicationum nomine, relictum perſonalibus fuerit nomen condictionum, quod nomen generis erat? Hoc Hotomano, illud Jano a Coſta viſum. Et ſimile quidem eſt veri, quod Hotomanus conjectat; nam & adoptio, & alia nonnulla juris vocabula genus aeque ac ſpecies ſunt. Quod vero de vindicationibus inquit a Coſta, in proclivi eſt mihi refellere vel uno illo Aſconii teſtimonio, *Quum in rem aliquam agerent litigatores . . . . inter ſe in perendinum diem denunciabant*. Actionis in rem propria vocabula ſunt

(b) *De judice, arbitrove dicam in* §. 28. & 30. *h. t.*

sunt *Petitio* (c), & *Vindicatio*, d. L. 28. de O. & A., ac tot. tit. de rei vind. Est autem vindicatio a *vindiciis*. Lis vindiciarum Asconio teste in d. *Verrin.* possessionis lis est. Et vero promiscua apud Latinos, maxime apud Livium, sunt *vindiciae*, & *possessio*. Jam vindiciae a *vi* dictae, non ea quidem vera, sed simulata, quae quum incerta esset rei, quae petebatur possessio, alteri ab altero fiebat in jure per manus consertionem. Actor, qui servi vindicias dari sibi postulabat, sua homini injecta manu, roganti reo, *Quid ais?* respondebat, *Hunc hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, ejusque vindicias mihi dari postulo*. Cedente, vel tacente reo, Praetor servi vindicias dicebat secundum petitorem, h. e., petitori decernebat possessionem ad exitum usque litis de dominio: plerumque tamen reus servum contra vindicabat, i. e., sua etiam injecta manu, servum pene abstrahebat de manu actoris, reponebatque solennia haec, *Et ego hunc hominem meum esse ajo, ejusque vindicias mihi conservari postulo*. Interdicebat tandem Praetor, *Qui nec vi, nec clam, nec precario possidet, ei vindicias dabo*. Quod de servo, idem de alia quavis re mobili dictum puta. Si qua res soli vindicaretur, petitor eum, *unde petebatur* (eleganti hac formula veteres designabant reum. V. Tullium *de Orat.* I, 37., & *pro Muraen. c.* 12.) ex jure manum (d) consertum vocabat, h. e. de Tribunali in rem praesentem ad conserendam manum. In rem praesentem veniebant actor, reus, & Praetor jure XII. Tab.: manuque ab actore & reo conserta vindiciae a Praetore secundum alterutrum dicebantur. Angustissimi Romanae potentiae fines, negotiorumque paucitas Praetorem concedere in fundum controversum facile patiebantur. Sed postquam Praetores, propagatis Italiae finibus, datis jurisdictionibus, negotiis occupati, proficisci vindiciarum dicendarum caussa in longinquas res gravabantur, contra XII. Tab. tacito consensu institutum, tradit Gellius XX, 9., ut litigantes soli in agrum, de quo litigabatur, simul profecti, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, ad Praetorem deferrent, & in ea gleba, tamquam in toto agro, vindicarent. Hinc glebae ex fundo sumtae, atque in jus adlatae *vindiciae* dictae. Festus v. *vindiciae*. Qua re veteres domum repraesentarint, non liquet. V. nostr. *Obs.* II, 2. Tandem & ipsi litigatores venire in rem praesentem desierunt, novaque vindicandi ratio instituta est, quae certis formulis tota constabat. Formula petitoris erat, *Fundus qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex jure Quiritium meum esse ajo, inde ego te ex jure manum consertum voco*. Ejus, unde petebatur, si contra vindicare mallet, formula erat haec, *Unde tu me ex jure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco*. Utramque excipiebat carmen Praetoris, *Utrisque superstitibus praesentibus* (h.

(c) Petitio *vindicationi opposita apud Paulum Sent. IV*, 1. *extraordinaria persequutio est*.

(d) *Notas illas apud Probum E. I. M. C. V. interpretare*, Ex jure manum consertum vocavit. *Et bene monet Brissonius de V. S., non manu, ut alicubi perperam scriptum est, sed manum consertum legi debere. Sic recta Grammaticae ratio postulat; quid enim interest, num cum hoste in praelio, an cum adversario in jure manus conseratur?*

(h. e. *testibus praesentibus*, id enim Festo auctore *superstites* erant) *istam viam dico: inite viam*. Aderat Jurisconsultus, qui inire viam doceret: sed continuo Praetor, *Redite viam*, ajebat, ac Jurisconsulto duce redibant viam. Haec omnia Tullius pro *Muraen. c.* 12. Ita imaginaria profectio locum subiit verae. V. Raevardum *ad LL. XII. Tab. c.* 6., & Averanium *Interpret. jur. I*, 15. Dictis a Praetore vindiciis dominii litem possessori intendebat is, qui in lite possessionis cesserat. *Persequutio* est vel in rem, vel in personam, *d.* L. 28. Sed eo verbo proprie contineri Ulp. putat L. 178. §. 2. *de V.* S. extraordinarias persequutiones, puta fideicommissorum (*c*), & si quae aliae sunt quae non habent juris ordinarii exequutionem. Ordinarium jus erat, reum ab actore in jus, h. e., ad Tribunal, seu ad Magistratum vocari, de quo ritu quaedam non vulgaria in nostr. *Obs. II.* 13: darique a Magistratu judicem, qui litem cognosceret, ac sententia finiret: quod abunde, distincteque Sigonius enarrat *de Judic. I*, 22. Extraordinarium erat, non dato judice caussam ab ipso Magistratu dijudicari, *tit. D. de var. & extraordin. cognit. Legitima* actio est Legibus prodita, L. *quia* 11, *de praescr. verb.*, seu quae *ex legitimis*, & *civilibus* caussis descendit, §. 3. *h. t.* ubi *legitimae* caussae sunt quum Leges XII. Tab., L. *Jurisgentium* 7. §. 14. *de pact.*, L. *is cui* 18. *D. qui testam.*, tum Leges novae, Plebiscita, Senatusconsulta, Constitutionesve Principales, non item interpretationes Prudentum, quibus datum quidem formulas concipere actionum, quod est *actiones componere* in L. 2. §. 6. *de O. J.*; & porro videre, num lege competeret, quaeve competeret actio; non tamen ipsas instituere actiones: *civiles* autem caussae sunt obligationes juris gentium jure Civili comprobatae. V. dicta in §. 1 *de oblig. Lib.* III. *Legitimae* actioni quandoque *Honoraria*, quandoque *Utilis*: *Civili Honoraria* interdum, interdum opponitur *Criminalis*, L. *si usufructus* 22. §. 2. *de aqua*, *& aquae pluv.*, L. *actionum* 25. §. 2. *de O. & A.*, ac *tit. C. quand. civ. act. crim. praejud.* Praetoria, seu *honoraria* est, quam Praetor *ex jurisdictione sua* comparatam habet, §. 3. *h. t.* Qui *τὸ ex jurisdictione* interpretantur *ex Edicto*, rem intricant magis, quam extricant. Alias *jurisdictio* est Edictum, hoc loco Edictum jurisdictione patet latius. Civiles etiam actiones in Edictis proponi, praetorum mos fuit: quod exemplo actionis commodati fit manifestum, L. 1. *D. commod.*: nec tamen eas, quod in Edictis sint, Praetorias dixeris: at vero hic Praetoria est, quam civile jus omnino ignoravit, ac primus instituit Praetor pro jurisdictione sua contra asperitatem Juris Civilis. Proinde ea a Praetore dicitur *indulgeri*, *decerni*, *permitti*, *accommodari*. V. Brissonium *de V.* S. Quid *directa*, quid *utilis*, & *in factum* actio sit, memini me alibi explicasse. Unum illud feci reliquum, quod monerem hoc loco, licet actiones sive Civiles, sive Praetoriae aut directae sint, si ex verbis, aut utiles, si deficientibus verbis ex sententia Legis, Edictive descendant, tamen Civiles omnes, vel ipsas utiles, quum Praetoriis objiciuntur, dici directas, §. 4. *h. t.*, & L. 1. §. 1. *de*

(c) *De Praetore, ac Praeside fideicommissario v. dicta in* §. 1. *de fideicom. hered.* Lib. II.

public. : contra Praetorias omnes vel ipsas directas oppositas civilibus utiles dici, *d.* §. 4., *L. electio* 26. §. 2. *de noxal.*, *L. tutor* 16. §. *ult. de pign. act.*, *L.* 1. §. 4. 6. & 9. *de superfic.*, ac *L. ult. C. ex quib. caus. major.*

§. I. II. XIII. XIV. XX. *Summa*, h. e., prima & potissima actionum divisio haec est. Aliae in rem sunt, aliae in personam, §. 1. *h. t.*, & *L. actionum* 25. *de O. & A.* Duplex jus, alterum *in re*, alterum *ad rem* Canones meminere *c.* 40. *de praeb.* in *VI.*; & *c.* 8. *de concess. praeb.* in *VI.* Genus id loquendi politiores Romani juris interpretes ut inelegans refugere; alii passim usurparunt. Verum levia haec sunt, & Huberum, ac Feltmannum plus aequo exercuerunt. *Jus in rem* dicere pro *jure in re*, & *jus in personam* pro *jure ad rem*, est limatius loqui; sed vulgares formulas doctrinae caussa retinere vix dignum arbitror reprehensione. V. Huber *Digress. IV*, 4. Jus in re, seu in rem est facultas homini in rem competens non habito ad personam respectu. Jus ad rem, seu ad personam est facultas homini competens contra personam, ut det, praestet, faciatve. Quae, quotve sint jura in re, diu multumque disceptatum, & adhuc sub judice lis est. Cui vacat, is de ea re Huberum consulat *d. Lib.* 4. *cap.* 6. & *seqq.* Consentiunt omnes in quatuor haec, *Dominium*, unde rei vindicatio: *Utile*, vel *Quasi dominium*, unde utilis in rem actio: *Servitutem*, unde confessoria vel negatoria: *Pignus*, unde hypothecaria, & *Hereditatem*, seu jus succedendi in universum, unde nascitur petitio hereditatis. Jura ad rem, seu ad personam sunt obligationes, qua sunt creditorum jura, (hoc sensu dicuntur *adquiri tit.* 28. *Lib.* III.) non qua sunt onera debitorum. His ita constitutis actionem in personam ex jure ad rem esse ajo, actionem in rem ex jure in re. Agit aliquis interdum cum eo, *qui obligatus est vel ex contractu, vel ex maleficio*, verba Triboniani sunt §. 1. *h. t.*, *quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare, aut facere oportere, & aliis quibusdam modis*. Novissimorum verborum, *& aliis* &c. quae potestas sit, quaeritur: Ne longior sim, rejicio te ad Cujacium, Hotomanum, Janum a Costa in *h.* §., & Vultejum *Discept. scholast. cap.* 4. Ego satius duco τὸ *& aliis* &c., adnectere τῷ *maleficio*, quasi verba, *quo casu* &c., quae interjacent, parenthesi includantur. Sensus est, nonnunquam cum eo agi, qui vel ex contractu, vel ex maleficio, vel aliis quibusdam modis, h. e., ut recte Donellus in *h.* §., ex quasi contractu, vel quasi maleficio est obligatus. Tribonianeae simillima est Gaji loquutio in *L.* 1. *de O. & A. Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure EX VARIIS CAUSSARUM FIGURIS*, i. e., ex quasi contractu, aut quasi maleficio. Dare est dominium transferre, §. 14. *h. t.*; sed quandoque aliquo addito in *tradendi* significationem abit, ut quum dicimus *utendum*, vel *pignori dare*. Verbum *facere*, qua late patet, accipitur, nec ea tantum complectitur, quae nuda facta sunt, veluti, judicare, ire, ambulare, sed & reddere, solvere, praestare, *L. faciendi* 175. & *L. verbum* 218. *de V. S.*; sunt enim nonnullae in personam actiones, quae intenduntur, ut reddatur, ac praestetur aliquid, veluti, commoda-

da-

dati, depositi, conducti. Novissime sciendum est, actionem in personam *semper adversus eundem* (puta eum, qui obligatus est) *locum habere*, *d.* L. 25. *de O. & A.* Quod in heredem detur, id nihil obturbat, quum defuncti personam ab herede referri, Lex fingat: quin actio ex maleficio tum demum datur in heredem, quum rei continet persequutionem: ceteroqui ad pecuniariam poenam cum herede non agitur, nisi aut contestata cum defuncto lis sit, aut heres ex delicto locupletior factus qua de re insr. in §. 1. *de perpet. & temp. act.* E contrario agit interdum aliquis cum eo, *qui nullo jure obligatus est*, sed *rem possidet* aut propriam actoris, aut in quam actor jus habet, *d.* §. 1. Hinc in rem actio *dominii lis* Paulo dicitur in L. *evictis* 18. *de usur.*: quumque persequatur rem ipsam, adversus eum infertur, qui eam vel impraesentiarum possidet, vel (quod est idem in jure) dolo desiit possidere, quia *pro possessione dolus est*, L. *qui dolo* 131. *de R. J.* Ita ea semper est ex *praesenti possessione*, ut Paulus loquitur in L. *non alias* 24. §. 2. *de judic.* Quoniam autem inter jura in rem est *servitus*, haec pariter, ac quaelibet res corporalis, actione in rem vindicatur, §. 2. *h. t.*, *tit. D. si ususfructus petatur*, ac *tit. si servitus vindicetur*: neque ulla servitus est, pro qua agi in rem non possit, quamobrem & personalis, & realis, & urbanae, & rusticae servitutis exempla Tribonianus congessit in *d.* §. 2. Non moveor eo, quod modo dictum, actionem hanc esse ex possessione, quae incorporalium non est, *L. si aedes* 34. §. 2. *de serv. urb.*; nam principio tantum ususfructus, tum ejus exemplo caeterarum servitutum inducta quasi possessio est, ac subinde in rem actio, L. *qui usumfructum* 3. *si ususfr. petat.*, & L. *de servitutibus* 2. *si servit. vindic.* Sed quae pro servitute est prodita, duobus ab ea differt, quae competit pro re corporali. Et primum haec confessoria semper est, illa vel confessoria, vel negatoria, *d.* §. 2., & *d.* L. 2. Apud Brissonium *de form. lib.* 5. haec sunt confessoriarum exempla, *Ajo, jus ex fundo tuo aquam ducendi esse meum*: *Ajo, jus mihi esse ire agere in fundo tuo*: negatoriarum haec, *Ajo, tibi jus non esse parietem ita projectum in meum me invito habere*: *Ajo, tibi jus non esse altius tollere*. Confessoriam vero, & negatoriam non ajentia, & negantia verba distinguunt, in quam sententiam duce Accursio vulgo est itum; sed mens ipsa actoris. In rem Ulpianus *d.* L. 2., *De servitutibus in rem actiones competunt . . . . confessoria ei, qui servitutem sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat*. Ecce. Qui ait jus vicino non esse altius tollendi, verbo negat, mente affirmat; quum enim suas quisque aedes tollere natura possit, nec nisi constituta servitute prohibeatur; qui id facere vicinum posse negat verbo, is deberi sibi servitutem affirmat mente. Contra qui esse sibi ait jus altius tollendi, affirmativa oratione negat, ullam a se deberi vicino altius tollendi servitutem. Quae quum ita sint, est intellectu difficile, cur Tribonianus *d.* §. 2. in confessoriis posuerit actionem *jus sibi esse altius tollendi*, in negatoriis vero actionem, *jus non esse adversario altius tollendi*. Nisi ponas cum Joh. Fabio in *h.* §., Romae legem fuisse de modo altitudinis aedificiorum, eamque factam non ad elegantiam Urbis, contra quam privati facere quidquam non poterant,

L. *jus publicum* 38. *de pact.*, sed in gratiam vicinorum; quae alia possit iniri ratio hujus loci explicandi, non video. Quas iniere alii, tacitus praetereo. V. Corasium *Miscell. III*, 24., Waltherum *Miscell.* I, 4., Cujacium, Hotomanum, Balduinum in *h* §., Pagenstecherum *Sicilim. manip.* 3., Riccium *Vindic. jur. c.* 14., & Vultejum loc. cit.. Romanos tali lege jam pridem usos, demonstratum a nobis est in *Dissert. De modo altitudinis aedificiorum apud Romanos*. Verum quare in controversiis rerum corporalium prodita actio non est, *per quam neget, rem alterius* (f) *esse?* Quia institutae actiones sunt, ut suum quisque jus, non alienum persequatur, L. *uti frui* 5. *D. si ususfr. pet.*: in controversiis autem rerum corporalium qui rem esse alterius negat, de jure alieno agit, non suo, quum si probaverit quod negat, haud inde consequatur, rem esse suam: at in controversiis rerum incorporalium actor negando agit de suo; qui enim jus non habere adversarium ait, libertatem adserit fundi sui. Deinde rem corporalem vindicat qui non possidet, namque in rem agendo id intendit, ut sibi rei suae restituatur possessio, *L. officium* 9. *de rei vind.*: eum vero possessionem, quam habet, ab alio petere, ridiculum sane est: at vindicat incorporalem is etiam, qui possidet, si eum libere uti adversarius non patiatur, *d.* §. 2.: atque huc rectissime Cujacius refert postrema hujus §. verba, *Sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum Libris opportunius apparebit*, quasi scriptum, *sane hoc uno casu*. Qui autem *Libri* dicuntur, ii *Tituli* sunt, puta duo hi, *Si ususfructus petatur*, *Si servitus vindicetur*. Ita non est opus aut legere, *non uno casu*, & plures confingere, quod faciunt Ferretus, ac Donellus in *h.* §., aut alium ab eo, quem proponit hic Tribonianus, alibi quaerere, quod faciunt Scholiastes Theophili, Contius *Subcess. lect. I*, 1., Charondas *Verisf. III*, 2., ac Dovia ius in *Theoph.* V. quoque Govean. *Var. I*, 41. Hujus juris ratio ex eo petenda est, quod non ut rei corporalis, ita incorporalis rei possessio in solo utentis facto posita sit, sed haec etiam consistat in patientia ejus, qui servitutem debet, L. 1. §. *ult. de serv. rust.*, ut proinde is quum primum desinit pati, possessionem nostram turbet, atque interpellet, nosque videatur quodammodo dejicere de possessione. Sunt nonnulla in *d.* §. 2., quae concoquere se non posse, Hotomanus scribit; at ea vero Bachovius, & Vinnius facile concoxerunt. Sed jam satis de prima Actionum divisione, quae sic late patet, ut nulla prope sit actio, quae non sit aut in rem, aut in personam. Sunt tamen nonnullae, quae quales sint, certo statui vix potest. Tales sunt Praejudiciales, seu Praejudicia, Mixtae tam in rem, quam in personam, & aliae quaedam. Praejudicialibus de statu agitur, h. e., de libertate, de ingenuitate, de familia; quaeri enim potest, num quis liber sit, an servus: num ingenuus, an liberti-nus:

(f) *Omnes prope Codices in d.* §. 2. *habent*, actoris esse. *Quid vero tam simile monstro, quam actionem contra actorem dari? Fremant quantum volent vulgatae lectionis adsertores, sequi malo antiquissimum Codicem, in quo fide Charondae Verisimil. III*, 3. *scriptum est* alterius. *Accedit, quod* τὸ actoris *a Theophilo absit.*

nus: num alicujus filius, nec ne, §. 13. *h. t.* In judicio de libertate vindiciae secundum libertatem postulabantur, hac, similive formula, *Hunc hominem ego liberum esse ajo, ejusque vindicias secundum libertatem mihi dari postulo*: contra quae adversarius, *Hunc hominem jure Quiritium meum esse ajo, ejusque vindicias mihi conservari postulo*. Vindiciae secundum libertatem dabantur Lege Decemvirali, h. e., controversi hominis possessio ad exitum caussae dabatur ei, qui liberum esse hominem ajebat: tanta semper apud Romanos fuit gratia libertatis. *Liv.* III, 44, Pompon. *L.* 2. §. 24. *de O. J.* Subinde Praetor, *Qui libertatem defendit, ei do vindicias*. Ubi dies cognitionum aderat, ad hunc modum actor de libertate actionem intendebat, *Hanc hominem jure Quiritium liberum esse ajo, eumque liberali caussa manu adsero*, h. e., e servitute vindico in libertatem; id enim sonabat ea formula. Plaut. *Poenult. IV*, 2. *v.* 83., & *V*, 2. *v.* 4., Terent. *Adelph. II*, 1. *v.* 40 V. Philip. Pareum *Elect. Plauti tit. libertatis*. Contra qui actionem intendebat de servitute, se hominem *adserere in servitutem* ajebat. Liv. ibid. Ita in quaestione de ingenuitate ajebat actor, *hominem natum liberum*, contra vero adversarius, hominem *e justa servitute manumissum*. Liberti ingenuitatis caussam agentis exemplum ex Tacito petit, illustratque Cujacius *Obs. XVIII*, 23. Denique in quaestione de familia, seu, ut Tribonianus loquitur, *de partu adgnoscendo*, ajebat actor, mulierem *ex hoc*, vel *illo praegnantem esse*: agebatque ea actione aut cum viro uxor, quae fuerat dimissa uterum gerens, aut cum parente filius, ut ab illo adgnosceretur, atque aleretur, *tit. D. de adgnosc. lib.*, & *L.* 9. *C. de patr. pot.* Nominis rationem ita exponit incertus Auctor antiquissimi libelli MS. de verbis juris apud Raevardum *De praejudic. I*, 12., *Praejudiciales dicuntur, quia in modum exceptionum opponuntur, & ante primam quaestionem de necessitate terminantur.* Petitum id ex veteri aliquo Jurisconsulto inde Raevardus conficit, quod non pauca libellus ille habeat ex veterum Jurisconsultorum fragmentis, quae nunc exstant, descripta. Proinde eo testimonio alios in alia omnia abeuntes refutat. In adscriptis autem verbis attendendum τὸ *ante primam quaestionem*, in quo vis omnis *praejudicii* posita est. Tum demum de statu actiones dicuntur *praejudiciales*, quum non in eum finem instituuntur, ut de statu ipso cognoscatur, sed ut aliud inde judicium sequatur: sicque *praejudicium* ad tempus futurum, non ad praeteritum spectat, valetque *praejudicandum*, non *praejudicatum*: de qua duplici significatione idem Raevardus I, 1. & 2. Finge. Quod ex stipulatione tradidit Sticho Sejus, vindicat Gajus tanquam dominus Stichi: contra Stichus servum se esse negat. Est hic praejudicandum de statu Stichi, sustinendumque judicium de dominio rei traditae, donec is liber, servusve pronuncietur. Finge etiam. Gajus a Sejo tanquam liberto deberi sibi operas ait: Sejus vero ad ingenuitatem proclamat. Hic primum agi de statu debet: tum lis operarum finiri. Ita disceptatio alimentorum pendebit, quousque de jure filii quaeretur, *L.* 1. §. 2. *de rei vind.*, *L. quotiens* 18. *de probat.*, *L. sive* 3. *de adgnosc. lib.*, & *L. ult. si ingen. esse dic.* Jam porro quaestiones istae de statu non solum primarias caussas remorantur, sed & fu-

turae

turae dijudicationi praemuniunt viam, ac veluti formam praescribunt: quo etiam spectare vox *praejudicii* videtur. Atque haec vulgaris explicatio est praejudicialium actionum. Mihi ad eam serio attendenti diu pependit animus. Et vero illae in eum modum expositae magis exceptiones esse videbantur, quam actiones: atque exceptionum loco habitae multo plures esse iis tribus, quas certo definitoque numero Tribonianus percenset. Et sunt quidem alia istiusmodi exceptionum exempla quum multis in locis Romani juris, ac nominatim in *L. Imperatores 30. de bon. auct. jud. poss.*; tum apud Plinium *Epist. V, 1.*: quo utroque loco *praejudicii* vox exstat; nam qui in L. 30. pro *praejudicio* legunt *per judicem*, nae ii faciunt contra meliores Codices, & maxime Florentinum magnae aetatis, ac fidei librum. Mox inclinare animus, ut putarem, exceptiones id genus ea abusione actiones appellari, qua doli exceptio nomine actionis venit in L. 1. §. 4. *de dol. mal.*, tresque illas a Triboniano in exemplum proponi. Sed continuo me de hac opinione dejecit ipse Tribonianus, qui primum ait, praejudiciales actiones videri sibi *in rem* esse: quod dici de exceptionibus nullo modo potest: tum subdit, *quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu adgnoscendo*: quae verba sunt hominis rem certo definientis, non producentis exempla. Re tandem apud me accuratius exacta, quo evaserim, vide. Quaestiones de statu bifariam cernuntur; aut enim eo uno fine in judicium veniunt, ut de statu ipso statuatur: cujusmodi exempla sunt quaestio de Verginiae statu apud Pomponium *d. L. 2. §. 24.*, ac similia liberalia judicia servorum nomine dominis dictata in *tit. D. de liberali caussa*: aut incidunt disceptationibus principaliter motis, uti tria jam superius adlata exempla commonstrant. Posteriore hoc casu proprie vocantur *praejudicia*, & exceptiones sunt: quo pertinet Caput in Digestis *De exceptionibus, praescriptionibus, & praejudiciis*: priore illo proprie *judicia*, & verbo *actionis* continentur, *L. 37. de O. & A.*; nisi quod actionibus intenditur aliquem facere, dare, restituere oportere, praejudicia vero, ut belle Theophilus, sola constant intentione, nec habent *conclusionem* (g), h. e., eo tantum spectant, ut aliquis ingenuus aut libertus, liber aut servus, filius aut non filius pronuncietur; non ut item damnetur reus ad faciendum, dandum, restituendum: quod in actionibus necessario est concludendum. Ad haec more institutoque Jurisconsultorum receptum video, quaestiones istas sive in modum exceptionum, sive in modum actionum propositas *praejudicia* dici. Testem do Ulpianum *d. L. ult. si ingen. esse dic.*, *Quotiens de hoc contenditur, an quis libertus sit, sive operae pe-*

pen-

(g) *Theophilus habet* καταδίκην, condemnationem: *sicque verbum verbo reddentes vertunt Corasius Miscell. II, 5., Baro in h. §., Duarenus Disp. II, 2.; Fabrotus, aliique complures. At vero Robertus Sent. I, 13. reddi mavult conclusionem ex sententia, ut ait, auctoris, vel, ut mihi quidem videtur, castigato auctoris errore; scribit enim Theophilus, auctoris praejudicio certantis formulam fuisse*, Si paret &c. *non addito eo*, condemna, Judex: *quasi accessiunculam istam formula actionis haberet: quod omnino falsum. De* τῷ si paret *redibit contra Theophilum sermo.*

tantur, *sive obsequium desideretur*, *sive etiam famosa actio intendatur*, *sive in jus vocetur qui se patronum dicit*, (hactenus caussa status in alias principes caussas incidit, neque aliud quam exceptio est .) *sive nulla caussa interveniat*, (h. e., sive in nullam aliam incidat, sitque loco actionis (h)) *redditur praejudicium*. Quum saepe ex eo, quod frequentius accidit, imponi nomina rebus soleant, fortasse quaestiones de statu aliis non intervenientibus caussis *praejudicia* dictae; nam frequentius est eas incidere in alias caussas: fortasse etiam ex eo, quod earum quaestionum ingenium id sit, ut semper inde alia sequatur caussa sive jam ante instituta, sive animo saltem concepta, cui, quandoque contingat institui, jam strata per eas est via. His ita praestitutis actiones praejudiciales esse ajo judicia, quibus, nulla ante mota dominii, operarum, alimentorum, aliave simili lite, id unum intenditur, ut de statu pronuncietur. Hoc sensu supra ternarium illum numerum vix alias adgnosco: quum tamen praejudicia, quae in modum exceptionum exercentur, multo sint plura. Vix haec scripseram, quum incidi in *Caput* III. *Discept.* Vulteji opinantis, quaestiones de statu aliis caussis incidentes praejudicia appellari, quod quum de statu Praetor ipse cognosceret, *L. non distinguemus* 32. §. 7. *de recept. qui arbitr.*, *L. si filius* 8. *de probat.*, & *L. deinde* 3. §. 3. *de lib. exh.* (i); si quando reus in jure excipiebat de statu, exceptionem Praetor non includebat formulae, ut actionem, quo datus Judex de utraque judicaret, quod ordinarium jus erat, uti mox latius; sed de exceptione primum ipse cognoscebat: tum dabat actionem, ac judicem super principali tantum caussa pronunciaturum: sicque de statu quaestio judicium apud datum judicem instituendum praeibat. [Eadem conjectura meum aliquando subierat animum, sed animo non insedit; quamvis enim ita exceptiones illae ab actionibus sejunctae apud judicem exercerentur alium ab eo, qui erat de actionibus cogniturus, sicque viderentur in actiones transire; non desinebant tamen vere esse exceptiones: quum certi juris sit, in praejudiciis eum partibus actoris fungi, qui primario de operis, aliove simili judicio experitur, *d. L.* 28. *de probat.*, *L. generaliter* 12. *de except.* (k), ac *d. L. ult. si ingen. esse dic.* V. Raevard. I, 3. sed jam satis de his: pergamus de reliquis. Ait Tribonianus, actiones istas *videri* sibi in rem esse. Verbo *videri* utitur incertus animi: quum tamen saepe Romani Jurisconsulti, ac vel ipsi Imperatores verecundo illo vocabulo ea etiam dicant, quae compertissima habent, *L. admonendi* 31. *de jurejur.*, *L.* 14. *C. de Judaeis*, *L.* 2. *C. de rec. arbitr.* (l). Et ve-

(h) *Ulpianum alio trahit invitum Raevardus De praejud.* II, 4.

(i) *Caussae status* majores, imo maximos *Judices habebant*, *d. L.* 32. §. 7. & *L. ult. ubi caus. stat. Multis hoc argumentum persequuntur Fornerius Select.* II, 23., *J. a Costa in h.* §., & *Wisenbachius in tit. D. de judic. n.* 10., *V. nostr. jur. Obs.* II, 19.

(k) *Hanc L. aliter Cujacius, aliter exponit Raevardus: hic De praejud.* II, 3., *ille Obs. V*, 37.

(l) *In dicendis sententiis verbo eodem utebantur arbitri, judicesque. Tacit. Annal.* XIV, 43., *Val. Max. VI*, 2., *Ulp. in L.* 21. §. 1. *de rec. qui* ar-

vero est cur ambigas, num in rem sint. Illae ex nullo jure in rem sunt, neque ulla res est in iis, quae deducatur in controversiam, ac de qua restituenda agatur: quod proprium est actionum in rem, *L. officium 9.*, *L. qui restituere 68. de rei vind.* Certe autem non sunt in personam. His cum eo non agitur, qui est ex contractu, maleficiove obligatus: neque iis intenditur, aliquem dare, praestare, facere oportere, uti fert natura personalium actionum. Quare restat, ut neque in rem sint, neque in personam. Non moveor summa illa actionum divisione in rem, vel in personam; complectitur enim illa eas tantum actiones, quibus aut res petitur, quae in commercio est, aut occasione rei, cujus est commercium, convenitur persona. Percurrenti Institutiones Triboniani a §. *XI. Tit.* I. *Lib.* II., unde is rerum privatarum, modorumque adquirendi dominii tractationem exorditur, itemque Tribonianeam actionum utriusque generis descriptionem animo reputanti patebit, ita se rem habere. At vero status extra commercium est: ut non immerito miretur Hotomanus injectam *h. t.* mentionem praejudicialium actionum. Quod autem is, qui pronunciari postulat super statu, jus suum vindicat tamquam dominus; praejudiciales actiones *videri* in rem esse, scribit Tribonianus. De *d.* §. 13. rursus infra. Sequuntur Actiones tres, quae *mixtam habere caussam videntur tam in rem, quam in personam*, puta *familiae erciscundae*, quae coheredibus competit de dividenda hereditate: *communi dividundo*, quae inter eos redditur, inter quos ex alia, quam ex hereditatis caussa, aliquid commune est, ut dividatur, & *finium regundorum*, qua inter eos agitur, qui confines agros habent, §. 20. *h. t.* Accedat his *petitio hereditatis*, quae a testamentario, aut legitimo herede adversus pro herede vel possessore possidentem exercetur, *L.* 7. *C. de hered. pet.* Mixtum vocatur familiae erciscundae judicium, quia *ex duobus constat, i. e., rebus, atque praestationibus quae sunt personales actiones:* quae de actione familiae erciscundae ab Ulpiano dicta in L. *item* 22. §. 4. *fam. erc.*, recte dici de aliis possunt: & sunt fere eadem de aliis scripta in *L. sed etsi 25. §. pen. de hered. pet.*, *L. sed & loci 4. pr.* & §. 1. *fin. reg.*, & L. *per hos* 4. §. 3. *comm. div.* Praestationes sunt quidquid alterum alteri praestare oportet ex bono & aequo, puta, id quod interest, sive quid sit ab uno impensum, perceptumve ab uno: sive quid damni ab uno sit datum, §. 4. *infr. de off. jud.*, *d. L.* 4. §. 1. *fin. reg.*, *L. damno 17. fam. erc.*, & *L. in communi 3. comm. div.* Infelicem istam mixtarum actionum *quadrigam* risit A. Faber primum in *Conjecturis XX*, 10., tum in *Erroribus XCIV*, 4. Et primum quidem nullas esse contendit actiones mixtas tam in rem, quam in personam: tum solam excepit hereditatis petitionem. Fabro multa regessit Bachovius *De action.* II, 3. Disputata in utramque sententiam expendere longum est, & utilitatis vix quidquam habet. Ego omnino nullas adgnosco; quid enim magis simile monstro, quam unum, eundemque cum uno eodemque simul agere

arbitr., & L. 27. §. 2. *de lib. caus. Simile est verbum* arbitror, *quo osculati etiam juratique testes olim usi (Cic. pro Font.), ac vel ipse Augustus in quodam Edicto apud Paulum L. 8. de quaest.*

re ex jure in rem, & jure in personam? Non ausim tamen verba illa, *tam in rem, quam in personam*, Triboniano abjudicare, tamquam glossema imperiti interpretis: quod Faber facit, ne ex unius quidem libri fide: maxime quum actiones illae *videri* mixtae dicantur, non esse. Et vero actiones familiae erciscundae, & comuni dividundo in personam sunt, utpote quae ex quasi contractu nascuntur, §. 3., & 4. *de obl. quasi ex contr. Lib. III.*: contra actio finium regundorum, ac petitio hereditatis sunt in rem. De hereditatis petitione luculentum extat Ulpiani testimonium in *d. L. 25.*, *Petitio hereditatis etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales*. De actione finium regundorum magnae sunt turbae. Ego esse in rem arbitror, nam qui ea actione agit, fundi partem esse suam ait. Actionis formulam colligo ex sententia judicis in ea caussa: sententia autem est, *domino suum restitui*, Ulp. in *L. si irruptionem 8. fin. reg.* Obstat *L. 1. eod.*, *Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est*. At pulcre Cujacius in *Lib. XIII. Pauli ad Edictum*, unde is locus decerptus est, id sibi velle Paulum inquit, licet finium regundorum actio principaliter in rem sit, habere tamen personales praestationes. Duriuscula quidem visa est mihi primo obtutu Cujaciana illhaec interpretatio, sed mox, collatis Pauli, & superius adscriptis Ulpiani verbis de hereditatis petitione mirum quantum arrisit: Τὸ *Licet pro vindicatione rei est* apud Paulum, perbelle respondet τῷ *etsi in rem sit* apud Ulpianum: ac τὸ *in personam est* in *d. L. 1.*, τῷ *habet praestationes quasdam personales* in *d. L. 25.* Novissime sciendum, nonnullas esse actiones, quarum caussa est non jus in rem, aut in personam, sed *bonum & aequum*, *L. 32. de reb. cred.*, h. e., sola utilitas Civilis, & aequitas Legis, Edictive. Et sunt quidem multa quum in universo jure Civili, tum maxime in actionibus, quae *aequitas suggerit, etsi jure deficiamur*; *L. in summa 2. §. 5. de aqua, & aquae pluv.* Istiusmodi actiones nec proprie in rem, nec proprie sunt in personam, sed interdum reales, interdum personales imitantur. Ita tertium erit genus actionum, quo si retuleris actiones ex *d. L. 32.*, ac *d. L. 2.*, subsidiarias in factum ex §. *ult. de L. Aquil. h. Lib.*, *L. in rem 23. §. 5.*, & *L. quum autem 52. de rei vind.* ad exhibendum actionem ex *tit. D. ad exhib.*, atque, ut taceam de aliis, Publicianam, rescissoriam, & Paulianam ex §. 4. 5. & 6. *h. t.*; magna cura paucis defungeris.

§. XIV. Ut caussa, sic formulis differunt inter se actiones in rem, & in personam. Negat Tribonianus, actorem, qui ex jure in rem agit, petere ab aliquo posse in hunc modum, *si paret, eum dare oportere*, nam dare est dominium transferre, *L. ubi 75. §. ult. de V. O.*, nisi quo addito ad tradendi significationem inflectatur, ut quum dicimus, *pignori*, vel *utendum dare*: frustra autem petas, in te transferri dominium rei, quae tua est, *L. non ut 159. de R. J.* Plane (vox haec exceptionis est nota, §. 17. *h. t.*) odio furum, quo pluribus actionibus teneantur, institutum est, (num Edicto Praetoris, ut ex inscriptionibus Legum sub *tit. de cond. furt.* conjicit Hotomanus, an jure Civili, non liquet) praeter poenalem furti actionem, rei recipiendae caussa agi a domino cum

fure posse non solum in rem actione, sed & condictione furtiva, seu actione in personam ea formula, furem *dare oportere*, *h.* §., L. 1. & passim *D. eod.*, L. *ult. usufr. quemad. cav.* Quid sit autem τὸ *dare* in condictione furtiva, anxie quaerunt interpretes, & abeunt in diversa. V. Bachov. *De action.* IV, 20. Quod verba eodem sensu accipienda in exceptione sunt, quo in regula accipiuntur, ex eo facile confeceris, dominii translationem eo vocabulo significari; sed numnam erit, qui intelligat, a fure non domino rem in dominum transferri? Quod intelligi hoc nequit, facile descenderis in sententiam Accursii *dare* interpretantis restituere. At vero ita nihil erit singulari jure cautum de condictione furtiva; condicetur enim furi, ut commodatario, depositario, & creditori, cui traditum est pignus, §. 2. 3. & 4. *quib. mod. re contr. obl. Lib. III.* Ego hic desperata certi cognitione animum despondeo. Quo praestet condictio vindicationi, dictum *h. Lib.* in §. 21. *de obl. quae ex delict.*: sed juvabit adire Hotomanum, & Ottonem in *h.* §. Ergo regulariter actionis in rem formula haec erat, *Ajo, rem illam esse meam*: actionis in personam haec, *Ajo, te mihi dare, facere oportere*. Cic. *pro Muraen.* c. 12. & *pro Rosc.* c. 4. Verum quid Tribonianus tantum laborat de formulis, jam multo ante Imperatoris sui tempora sublatis (m)? Delibat hic aliquid de veteri memoria: sed est illud aliquanto explicatius tradendum. Post latas Leges XII. Tab. certae solemnesque actionum formulae fuere a Prudentibus compositae, L. 2. §. 6. *de O. J.*: actiones autem primum a Xviris, tum a Pontificibus (n), postremo a Praetoribus postulari, impetrarique, mos fuit. Raevard. *in LL. XII. Tab. cap.* 7. Et quantum ad Praetores, prostabant quidem illae in Albo formularum, non Edictorum; qua de re idem Raevardus *Protrib. cap.* 4.; sed adeundus tamen erat Praetor, qui caussa summatim cognita actionem dabat, interdum etiam denegabat (o). Hinc illa in Edictis, *Judicium*, vel *Actionem dabo*, *Agendi potestatem faciam*, *Agere*, vel *Actionem permittam*; *Judicium non dabo*. Brisson. *De form.* III, 11. Erat opus caussam cognosci, h. e. intentiones, depulsionesque partium audiri, ut num competeret, quaeve competeret actio, liqueret, L. *item si* 14. §. 2. *quod met. caus.*, L. *si quis* 9. *al.* L. *si oleum* §. *ult.*, L. 10. & *seqq. de dol. mal.* V. Raevard. *De praejud.* I, 4., & *Protrib.* c. 11., Vultej. *Discept.* c. 1.. Averan. *Interpret. jur.* I, 14. Actor postulatam impetratamque a Praetore actionem edebat reo: quod quinque diversis modis fieri potuisse, docet Ulpianus in L. 1. §. 1. *de edend.* Tanta autem religione concipienda actionis formula erat, ut actor si vel uno verbo erraret, tota caderet caussa: ac si quando esset incertum, utra ex duabus competeret actio, utramque dictaret protestatus, velle se ex altera tantum consequi, quod se contingeret; Cic. *De Inv.* II, 19., Quintilian. *Inst. Orat.* III, 8., ac VII, 3.,

(m) *V. nostram juris Hist. p.* 37.

(n) *V. dicta in Hist. jur. p.* 12.

(o) *Jurisconsulti quoque denegare actiones dicebantur*, 7. *quamdiu* 69. *de adq. her.*, *h. e. censere eas esse a Praetore denegandas.*

5., Ulp. *L.* 1. §. 4. *quod legat.* Sed eum, qui formula exciderat, in integrum restitui solitum a Praetore, tradit Seneca *Ep.* 49. Porro actor edita actione vadabatur reum, quo is die certo, ut plurimum perendino, se sisteret in jure. Si eo die reus actori, & hic se illi contra sistebat, reus praesentem, obviumque actorem rogabat ea formula, *Quid ais?* tum actor, *Ajo*, ex. gr., *fundum, quem tu possides, meum esse: Ajo te mihi dare facere oportere*: aut aliquid aliud reponebat pro sua intentione, Sigon. *De jud.* I, 20. & 21., Brisson. *De form. V.*, 3. Tum a Praetore postulabatur judex pro natura actionis (*p*): isque dabatur solenni formula, quae non solam judicis dationem, sed & intentionem actoris, & exceptionem rei, & caussae definitionem complectebatur. Exempli loco sit haec magnam partem ex Tullio descripta *in Verr.* II, 12., *L. Octavius judex esto. Si paret, fundum Capenatem ex jure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Servilio restituetur, tum Catulum damnato: extra quam si testamentum prodatur, quo apparet, Catuli esse*. In dandis judicibus solenne fuisse τὸ *si paret*, testis est Cicero *pro Rosc. c.* 4., *Divinat. c.* 17., & *in Verr.* III, 22. & 28.: scribendumque *paret*, ut *comparet*, *apparet*, non, *parret*, auctor est Festus. Sed fuere jam multo ante aevum Justiniani formulae, impetrationesque actionum sublatae, caeperuntque actiones in factum concipi, & competere ipso jure, L. 1. & 2. *C. de form. & impetr.*: ut proinde locus hic Triboniani, in quo versamur, solam contineat notitiam antiquitatis. Sed illud videtur in veteri memoria recolenda graviter peccatum a Triboniano, quod verbo *si paret* usum putet actorem: quum tamen eo usum Praetorem, omnes sciant. Num Tribonianus iis verbis, *si paret dare oportere*, non formulam ab actore pronunciandam, sed genus ipsum actionis in personam designat de more veterum, qui ex prioribus aliquot verbis Capitum Edicti, in quibus actiones, vel interdicta perscribebantur, nomina ipsa actionum interdictorumve fingebant: qualia illa sunt, *Quod metus caussa*, *Quod jussu*, *Unde vi* &c.? Tribonianum ita tuetur Ulricus Huber in *h.* §. Ego vero illum in ea re insigniter lapsum ajo. Errorem Triboniani prodit Theophilus errore eodem scribens, *Certum est, non posse actorem eam rem, cujus dominus sit, actione in personam petere*, καὶ λέγειν, h. e., EI DICERE, *Si paret, adversarium hanc rem MEAM MIHI dare oportere*.

§. III. usque ad XIII. Secunda actionum divisio haec est. Aliae Civiles, aliae Praetoriae sunt. Definitiones utriusque generis actionum expositas habes *h. t. p.* 217. Pertinet huc particula §. 13. de effectrice Praejudicialium actionum caussa. *Fere unam*, quae de libertate est descendere ex jure Civili, puta, Decemvirali (*L.* 2. §. 24. *de O. J.*), reliquas esse ex jurisdictione Praetoris, ait ibi Tribonianus. Τὸ *fere* Teophilus imprudens omisit, Cujacius temere cum adverbio *certe* mutavit, inscite Muretus additum credidit ad ornatum. Hunc ea vocula sensum habet, libe-

R 2 rali

(p) *Caussarum aliae Judicem, Arbitrumve, aliae Recuperatores, aliae Centumviros reposcebant. V. Sigon. De judic.* I, 22. *Omnes complector uno Judicis nomine, quo vel ipse Praetor interdum comprehendebatur. V. Brisson, De V. S. v.* Judex.

natione non mortis caussa, ac dote, supervacaneum vero in legatis. Contra interdum licet nulla justa caussa sit, nuda traditio ad Publicianam prodest, si quo justo errore facti ea credatur subesse: ut si quis a furioso, (a quo facta venditio nulla est, *L.* 2. §. 16. *pro emt.*) ignorans eum furere emat *L. sed etsi* 7. §. *eum* 2. *eod.* (r). Ajo, *non a domino*; nam cui ex justa caussa a domino traditur, is statim fit dominus, nec indiget usucapione. Quod vero ut Publiciana competat, ea concurrere debent omnia, quae ad usucapionem sunt opus, *d.* L. 7. §. 2. & 17., ac *d.* L. 2. §. 16., vides, necessariam esse bonam fidem proinde non dominum pro domino, eove, cui jus sit alienandi, haberi oportere, *d.* L. 7. §. 15. 16. & 10. Ajo, *nondum usucaptam*; qui enim a non domino accepit, completa usucapione *civilem actionem*, puta, rei vindicationem *habet, nec desiderat honorariam*, puta, Publicianam. Ulp. *d.* L. 1. §. 1. *h. t.* Quam Ulpianus *civilem*, Tribonianus *h.* §. *directam* vocat. V. dicta *h. t. p.* 218. Ajo, *casu amisit*, quo intelligas, eum, qui vendendo, aliove quovis facto suo amisit possessionem, non juvari beneficio Praetoris. Τὸ *casu* non est ex verbis Edicti (*d. L.* 1. *pr.*) sed ex interpretatione. Demum ajo, *a possessore non domino*, namque uti aequissimum est, eum, qui bona fide, ac justo titulo ante caeperat possidere, cuilibet novo possessori praeferri, ita est iniquissimum praeferri domino. Hinc illa adversus Publicianam exceptio in *L. ult. eod.*, *si ea res possessoris non sit*: Sed certas species excipe, de quibus v. Accurs. in *d. L. ult.*, & Cujac. in *L. & generaliter* 28. *de noxal. ad Afric. tract.* 6. & *Obs. X*, 6. Jam de Publicianae actionis caussa, & formula haec habet Tribonianus, *sed quia sane durum erat* (h. e. iniquum: unde *durum & iniquum* in *L.* 13. *de probat.*) *eo casu deficere actionem*, (en tibi aequitatem, actionis caussam) *inventa est a Praetore actio, in qua dicitis; qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit*, (ecce fictionem) *& ita vindicat suam esse*. Loquutiones sunt Jurisconsultorum propriae *vindicare*, vel *petere suum esse*, *L. Quintus* 27. §. 4. *de aur. arg. leg.* §. 18. *infr. h. t.*, & *L. si quum argumentum* 21. §. 2. & 3. *de except. rei jud.* Fictionis istius non alibi mentio, quam *h.* §. Hinc eam quasi Tribonianeum commentum ridet Wisenbachius, ridendus tamen ipse; quam multa enim, ex veterum jurisconsultorum Libris descripta, in institutionibus sunt, quae nusquam alibi! & quam saepe Institutiones ex Pandectis, atque hi ex illis vicissim supplentur! Quum constet ex Ulpiano, *fictitias* interdum fuisse Praetorias actiones, satis hoc uno defenditur Tribonianus. Eo est tamen certe reprehendendus, quod bonae fidei possessorem insigni mendacio tueatur. Sed de vera actionis formula, & Praetoria fictione mox dicam. Rescissoria dicitur etiam *Publiciana*: neque hujus quaerendus est auctor, quam idem Publicius. Actiones duas tanquam ab uno profectas uno nomine Paulus designat in *L. in honorariis* 35. *de O. & A.*, *Publiciana ad exemplum vindicationis datur*, (haec illa [illegible] est.

(r) *In L.* 2. §. 16. *pro emt.*, *quae videtur obstare*, *v. nostr. jur. Obs.* II, 14.

est, de qua jam actum) *sed quum rescissa usucapione redditur*; (haec illa, quae in manu est) *anno finiur*. Rescissoria datur aut ei, cujus praesentis bona usucapta sunt ab absente, aut ei, cujus absentis bona usucapta a praesente sunt, quo ea *dominus* (h. e. olim dominus. V. dicta *h. t. p.* 237.) rescissa usucapione repetat, quasi numquam usucapta. Priorem casum pertractat §. 5. Tribonianus: de posteriore satis habet *latius Digestorum volumen* laudasse. Utroque casu equum Praetori est visum succurri absentibus, ne capiantur, & adversus absentes, ne capiant, *L. item ait* 21. *ex quib. caus. maj.* Facit absentia, ne absens contra eum, qui praesens possidet, ac ne praesens contra eum, qui absens possidet, defendatur, *d. L.* 21. *pr.* §. 1. & 2.: ejus autem, qui non defenditur, bona usucapi est perquam durum, ut ut permissum jure Civili. Scio, ne Civili quidem jure objici usucapionem posse iis, qui movere actionem non potuerunt, *L.* 30. *C. de jur. dot.* *L.* 7. §. 4. *de praescr.* 30. *an.*, *L.* 1. *in fin. C. de annal. exc.*: quod impudentissime negat Faber *Error.* III, 9., & *LXXXVIII*, 8.: sed est tamen ita cautum, ubi jus ipsum agi vetat, non factum, quale absentia est. Verum subtile istud discrimen juris Civilis tanti non fuit apud Praetorem, ut non aequius censeret, usucapionem rescindi, ac restitui actionem. Id non obscure docent Ulpianus *d. L.* 21. §. 2., & Paulus *L.* 22.: quibus locis scriptum est, cessare Edictum, si dominus praesens cum procuratoribus, defensoribusve absentis potuit experiri. Jam non eadem est ratio ejus, qui absens usucepit, quae ejus, cujus absentis bona usucapiuntur. Hunc ex necessaria, aut voluntaria quidem, sed probabili caussa, puta studiorum abesse necesse est, *d. L.* 1. §. 1., *L.* 3. & 9., L. 26. *§. ult.*, & L. 28. *pr. ex quib. caus. maj.*, modo si volens prudensque abest, reliquerit domi procuratorem, qui vel non egerit, vel sit interim defunctus, *d. L.* 28.: illum satis est abesse, qualis qualis sit absentiae causa, *d. L.* 21. §. 1. Quod vero Tribonianus rem praesentis ab absente Reip. caussa, vel a captivo usucaptam ponat, ex eo ita ducere argumentum debes, si absentia ex caussa Reip., aut captivitatis, non facit, ne contra reversum competat, rescissoria; multo minus facere posse, ne competat, absentiam ex privati negotii, aliave non necessaria caussa. In posteriore exemplo est illud difficile captu, qui queat is usucapere, qui servus est hostium, quum comperti juris sit, eum *nihil sibi per usum adquirere posse, nec caeptam possessionem implere, imo nec postliminio reversum recuperare per usum dominii adquisitionem*, *L. ait Praetor* 23. §. 1. *eod.* Sed expedita res erit, si finxeris, eos, qui fuerunt in potestate captivi, usu adquisiisse ex re peculiari, *d. L.* 23. §. 3., namque ita placuit, si servus ejus, qui in hostium potestate est, emerit, in pendenti esse usucapionem, reverso autem domino intelligi usucaptum, *L. si is* 15. *de usuc.* Datur haec actio intra annum utilem ab eo tempore, quo possessor desiit abesse, *h.* §., *d. L.* 1. §. 1., & *L.* 18. *C. de postl. rev.* Et quamquam honorariae actiones, quae rei persequutionem habent, etiam post annum dentur, hanc tamen anno finiri, Paulus inquit *d. L.* 35. *de O. & A.*, quia *contra jus* Ci-

Civile datur, h. e., quia usucapionem Civili jure institutam rescindit. Sed dein Justinianus anno utili quadriennium continuum substituit in *L. ult. C. de temp. in integr. rest.* Actionis formulam subdit Tribonianus, *Permittitur domino ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, & ob id suam rem esse*. At quae erit negantis formulae utilitas in vindicanda re corporali? Prorsus nulla. V. tradita *h. t. p.* 222. Igitur hinc pateat, neque hanc rescissoriae, neque eam, quae adscripta superius est, Publicianae formulam fuisse. Accedit, quod longe alia sint Edicti verba, quibus pro veteri consuetudine concipiebantur actiones. Edicti verba de Publiciana sunt in L. 1. *pr.*, L. 7. §. 11., & L. *ult. de publ. in rem act.*: de rescissoria sunt in L. 1. §. 1. *ex quib. caus. maj.* Secundum ea petitor in intendenda Publiciana ajebat, rem, quam alius possidebat, sibi bona fide accipienti traditam justa de caussa, neque eam esse possessoris, proinde suam esse, quasi usucaptam: in intendenda autem rescissoria rem ajebat ab absente, quicum praesens ipse agere non potuit, aut a praesente, quum ipse abesset, nec defenderetur, usucapiam: ac proinde quasi nondum usucaptam, esse suam. Sed jure novo Imp. Justiniani potest is, qui in civitate est, de absente queri apud Praesidem Provinciae, aut Episcopum, aut Defensorem civitatis, vel, si hi abfuerint, publice libellum suae voluntatis indicem proponere, ubi domicilium habet possessor, vel a tabulario, vel, si civitas tabularios non habeat, a tribus testibus subscriptum: sicque interpellare usucapionem, L. 2. *C. de annal. except.* Cessat igitur ex hac parte Edictum. Actione Pauliana (ita eam Theophilus vocat a Paulo nescio quo (s)) revocant creditores a debitore tradita in fraudem eorum, quasi tradita non sint, §. 6. *h. t.* Fraudulentae traditionis solum meminit Tribonianus: sed generaliter Praetor daturum se judicium pollicetur *de his, quae fraudationis caussa gesta erunt*: quae verba *omnem omnino in fraudem factam vel alienationem, vel quemcumque contractum continent*, L. 1. *pr.* & §. 2. *quae in fraud. cred.*: non tamen lucrum omissum; *pertinet enim Edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur*, L. *quod autem* 6. *pr. eod.* Dari Publicianam, inquit Tribonianus, *bonis ejus* (debitoris) *a creditoribus possessis* (supple, *itemque distractis*, L. 5. *C. de rev. his, quae in fraud.*) *ex sententia Praesidis*, supple, in Provincia, Praetoris Romae, L. 2. *pr. de cur. bon. dand.* Distrahi a creditoribus necesse est bona debitoris, quo ita constet, factam creditoribus fraudem, neque eis fieri satis aliter posse, quam revocatis, quae fuerant alienata, L. *ait Praetor* 10. §. 1. *quae in fraud.*, & L. 2. *C. eod.* Solenne erat distrahendis bonis unum pluresve curatores constitui, *tit. D. de cur. bon. dand.*: unde Pauliana curatori bonorum data in L. 1. *quae in fraud.* Pauliana experimur cum possessore fraudis conscio, si ex onerosa caussa possideat, & vero etiam inscio, si possideat ex lucrativa, *d. L.* 5., itemque cum ejus herede, qua heres est, sed in id tamen, quod ad eum per-

(s) *Paulum istum Tullio juniorem faciunt Gronovius in Ep. ad Att.* I, 1, *& Ev. Otto in* §. 6. *h. t. Sed v. nostr. jur. Obs.* IV, 17.

pervenit, de L. 10. §. ult. & L. 11. : quae nec reali, nec personali actioni prorsus conveniunt : ut sit omnino statuendum, eam sola niti auctoritate Praetoris, & male a Triboniano, ac Theophilo habitam pro reali : quae eadem statuenda sunt de utraque Publiciana : nisi quod potest tentari, vi Praetoriae fictionis duas illas Publicianas in rem esse ; nam qui agit pro domino habetur. Paulianae formulam formulae rescissoriae simillimam dat Tribonianus in haec verba, *Permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione rem petere, i. e. dicere, rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse*; sed idem de utraque formula judicium esto : creditoremque facere ita loquentem debemus, rem in sui fraudem alii traditam a debitore, ac proinde quasi non traditam mansisse in bonis debitoris, quorum data sibi possessio est. Sive autem rescissoria, sive Pauliana agatur, non est opus peculiare judicium institui ad usucapionem, traditionemve rescindendam : quod veteres interpretes persuasissimum habuere. Praetor ipse imperio suo quod jure est factum, rescindit contrario facto, puta, ipsa actione data, fingitque infectum, quod factum est jure. Actionum Praetoriarum, quae ficti nihil habent, exempla octo ponit Tribonianus, duo actionum in rem, reliqua actionum in personam. Sunt in rem *Serviana*, & *Quasi Serviana* ; nascuntur enim ex jure in rem, puta pignore, vel hypotheca. Proprie dicitur *pignus*, quod a debitore traditur creditori, ut sit pro debito obligatum : *hypotheca* vero, quod nuda conventione obligatur, non tamen traditur, §. 7. *h. t.*, & *L. si rem* 9. §. 2. *de pign. act.* Hinc pignus *maxime* mobilium, quorum vera traditio est: quo spectant *posita*, ac *deposita pignora* apud Juvenalem *Sat. IX.* 141., & Paulum *Sent.* II, 5. *pr.* Scite Tribonianus ait, *maxime* ; namque immobilia etiam tradi possunt, §. 40. *de rer. div. Lib. II.* (t), sicque *pignori opponi* ; quod de agro dictum a Terentio est *Phorm. IV*, 3. 56. Saepe autem pignus in Libris juris est hypotheca, L. 1. *de pign. act.* Pignus & hypothecam fecit jura in rem auctoritas Praetoris, quae in hypotheca magis, quam in pignore eluxit, quod nuda conventio haud idonea esset caussa juris in rem. Huber *Digress. IV*, 7. Antea nulla erat in rem actio jure Civili prodita, qua creditor bona sibi pignori data, vel nudo pacto obligata persequeretur. Opus erat ad eam actionem, ut vel res a debitore cederetur in jure, vel contracta fiducia manciparetur. Sed quantum ea res habebat molestiae! Neque omnia poterant ex jure Quiritium mancipari, neque ab omnibus, neque semper, aut ubique : quae probe intelliges ex Ulpiano *Fragm. tit.* 19. Sed in necessaria aeque ac difficili re succurrit creditori Servius Praetor nescio quis (u), aequissimum ratus, pa-

(t) *Falsam ineptamque originationem pignoris a pugno, quam tradit Gajus in L. plebs* 238. *de V. S.*, *merito ridet post Salmasium Menagius Amoen. c.* 39.

(u) *Certe non Servius ille Sulpitius, quem magni nominis Jurisconsultum, Praetoremque fuisse, testatur Cicero pro Mur. c.* 20. ; *namque eum non urbanam, peregrinamve Praeturam, sed quaestionem dumtaxat de peculatu sortitum, Tullius scribit : Praetores autem quaestiones sortitos nullam habuisse ju-*

pacto, quo pignori data, vel hypothecae suppofita res est, rem ipsam affici in gratiam creditoris. Huic igitur actionem indulsit, quae nuncupatur *Serviana*. Noodt *Obs.* II, 8. Ne quis tamen miretur, ex nuda conventione, qualis est hypotheca, §. 7. *h. t.*, datam a Praetore actionem, quum tamen nuda pacta nec Civili, nec Praetorio jure pariant actionem, L. *juris gentium* 7. §. 4. & 5. *de pact.*; excepit enim Praetor nonnulla, quorum *fidem fallere grave est*, L. 1. *de const. pec.*: qualia maxime sunt, quae aliis obligationibus accedunt, ut hypotheca, & constitutum. Serviana *experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur*, d. §. 7. Res coloni sunt aut fructus, qui ex eo fundo nascuntur, aut in fundum inlata, veluti boves, equi, servi, aliave, quae in fundum, ut ibi perpetuo sint, inducuntur, L. *in praediis* 7. *pr.* & §. 1. *in quib. caus. pign.* Et fructus quidem tacite intelliguntur pignori esse domino fundi, etiamsi nominatim id non convenerit, d. L. 7. *pr.*: invecta vero non aliter, quam si convenerit, L. *eo jure* 4. *eod.*; quid enim tacito inlatorum pignore opus erat creditori, cui tacita fructuum hypotheca consulebatur jam satis? Contra, quod nulli in urbanis praediis nascuntur fructus, tacito rerum ab inquilino invectarum pignore prospectum est creditori, alias nunquam tuto, d. L. 4. In L. 5. C. *de locat.* v. nostr. *jur. Obs.* IV., 15. Hinc primum more inductum, ut coloni fructus, inquilini invecta & inlata nominatim obligarent: cujus moris indicium faciunt τὸ *eo jure utimur* in d. L. 4.°, ac τὸ *ut adsolet* in L. *si servus* 61. §. 8. *de furt.*: tum mos abiit in Legem, quae perbella est Cujacii conjectura. Tantum de colono, expressoque inlatorum pignore Servius edixit: processu temporis omnibus creditoribus permissum est (x) pignora, hypotecasve quum expressas, tum tacitas persequi Quasi Serviana actione, h. e. actione exemplo Servianae instituta, quae *utilis Serviana* in L. 1, §. 2. *de pign.*, & *Serviana* in L. *ult.C. de obl. & act.* & *pignoratitia* in *L. Titius 9. quib. mod. pign.* & passim communi utriusque actionis nomine *hypothecaria* appellatur d. §. 7. *h. t.* De tacitis etiam hypothecis hypothecariam dari, exploratum est, *L.* 1. C. *commun. de leg.*: proinde quod de ea scribit Tribonianus, *nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata* &c. id exempli caussa scriptum puta. Quod vero ea actio pignora & hypothecas persequitur discrimine prorsus nullo, hoc sensu ait Tribonianus, *inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interesse*: quo etiam sensu accipies illud Marciani

jurisdictionem civilem, qua erat ad proponendum Edictum opus, sat norunt in Romanis antiquitatibus vel mediocriter versati. *V.* Otton. *in Serv. Sulp.* X, 1. & 2. *Verisimile est eum fuisse, de cujus Praetura Paterculus* II, 15.

(x) *A Jurisconsultis, an a Praetore? Si Juriconsultos produxisse dixeris actionem ad similes casus, non intercedam. Ne eos instituisse actionem dicas, veto. Sed magis est, Quasi Servianam a Praetore aliquo, aut ab ipso Juliano, quum Edictum perpetuum componeret, primum institutam. Argumento est mihi quod Tribonianus scribit, utramque actionem, Servianam, & Quasi Servianam* ex ipsius Praetoris jurisdictione substantiam caepisse.

in *L. 5. de pign.*, *Inter pignus, & hypothecam tantum nominis sonus differt*, si attenderis ad ejus loci epigrahen, quae sic habet, *Marcianus Lib. singulari ad formulam hypothecariam*. Praetoriarum in personam actiònum aliae rei persequutoriae sunt, aliae poenales, §.8. *h. t.* Personalis rei persequutoria est actio *de constituta pecunia*. Latinis *constituere* est confirmare. Eo sensu constitutum dicitur Jurisconsultis nuda conventio, qua quis quod aut ipse, aut etiam alius jam debet, se soluturum promittit, §. 9. *h. t.* Si stipulatio interponatur, Civilis actio praesto est, de qua *pr. tit. de V. O. Lib.* III. Quibus a stipulatione differat constitutum, fuse tradit Cujacius in *L. sed etsi 4. de const. pec. ex Lib. XIX. Pauli ad Edictum.* Non constituitur nisi jam debitum, sive Civili, Praetoriove jure, sive tantum natura, & sive pure, in diemve, sive sub conditione, *L. 1. §. 1. 5. 7. & 8.*, *L. 19. eod.*: neque interest, num quis illud ipsum, quod debebatur, an pro eo aliud, puta pro centum solidis frumentum ejusdem pretii: & num pecuniam eo, quo debebatur, modo, an citeriore etiam die, aliove loco se soluturum constituat, *d. L. 1. §. 5.* ac *d. L. 4.*, & *L. 5.* Demum nihil refert, num creditori constituatur, an alii, *L. eum 5. §. 2.*, modo, si alii, fiat id ex consensu veri creditoris, uti rectissime post Accursium Faber in eum locum: & num debitor ipse constituat, an pro eo alius, *L. ubi 28.*: quo casu accedit is ad fidejussorem, cujus exemplo & liberato debitore liberatur, *L. in omnibus 43. de solut.* & divisionis, ordinisque beneficio juvatur, *L. ult. C. h. t.*, & *Nov. IV. c. 1.* Erat constitutitiae similis actio receptitia, cui factum nomen a verbo *recipere*, qua significat promittere: unde *receptores* dicti, qui sponsores erant Reip. vel Principi pro iis, qui publicam pecuniam dispensabant (Budae. in *D. I, 30*, Salmas. *De mod. usur. c. 16.*) eodemque recidunt *ex recepto, & ex compromisso* V. Brissonium *De V. S. v. receptitia actio*. Ex Justiniani Constitutione in *L. 2. C. h. t.*, ac Theophilo in *d. §. 8.* haec habes, quibus receptitiam separes a constitutitia actione. Haec Praetoria, Civilis illa: haec personis latior, rebus arctior: illa personis arctior, latior rebus. Constituere omnibus datum: recipiebant proprie trapezitae, seu argentarii: constituebantur tantum debita, nec tamen omnia, sed quae numero, pondere, mensurave constabant: recipiebantur etiam indebita, & cujusvis generis res sive mobiles, sive soli. Tandem Justinianus receptitiam sustulit, quodve in ea amplius erat, in constitutitiam transfudit: sed nonnisi jam debitum constitui jussit pro veteri jure, *d. L. 2. h. t.* Nunc quis non probet conjecturam Salmasii *De mod. usur. c. 16.*, in iis Ulpiani *L. 6. §. 3. de edend. Quod solvi constituit argentarius edere debet*, Tribonianum pro *recepit*, reposuisse *constituit* ex jure novo sui Imperatoris? Secunda Praetoria in personam rei persequutoria est actio de peculio filiorumfam., servorumve, de qua opportunior erit dicendi locus *tit. seq.* Tertia est actio in factum ex jurejurando. Jure Civili jurisjurandi vis eadem, quae pacti nudi, *L. tutor 35. §. 1. de jurejur.* Utrumque confirmari Lege opus erat, quo pareret actionem: ut autem multa pacta nuda Lex confirmarit, ex eo tamen uno jurejurando actionem prodidit, quo libertus donum, munus, operas promit-

mittebat patrono. Gajus *Inst.* II, 9. 4. Veritos credo Romanos, ne juramentorum sanctitas consuetudine ipsa vilesceret, ac ne, quod experimento compertum est, adsueti jurare homines facile pejerarent. Verum Praetor actionem dedit ex jurejurando, quod ex conventione litigatorum defertur, *L. sed etsi* 25. *eod.* Jusjurandum id genus maximum remedium est expediendarum litium; *L.* 1. *eod.*, & speciem continet transactionis, *L.* 2. Igitur quae utilitas ex celeri litium fine in publicum redundat, ea dedit caussam Edicto. Inscriptio illa *D. De jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali* triplex, ut vides, exhibet juramenti genus. Latinorum omnium sententia est, dici voluntarium, quod ex conventione alter alteri extra judicium defert. Juramentum deferre est adversario offerre conditionem jurisjurandi. Cum Latinis faciunt Graeci, Stephano teste in *d. L.* 1. De necessario, ac judiciali discrepat inter eos. Graeci, eodem Stephano teste, necessarium definiunt, quod alter alteri in judicio defert, judice suscipiendi, aut referendi juramenti necessitatem imponente: judiciale, quod judex ipse defert sua sponte. Referre est oblatam jurisjurandi conditionem non suscipere, eamque ei, qui detulit, offerre. At vero Latinis judiciale est, quod necessarium Graecis, & contra. Primus Cujacius *Parat. D. de jurejur.* (y), quantum ad judiciale, discessit ad Graecos: de voluntario, & necessario videtur seorsim ab omnibus sensisse; nam de voluntario, ac judiciali Latinorum unum voluntarium fecit: necessarium vero dixit, quod Justinianus *relationis sacramentum* appellavit in *L.* 12. §. 1. *C. de reb. cred.*, puta, quod pars in judicio refert delatori; huic enim jurandi *necessitas* est *imponenda*, *d.* §. 1. Cujacio subscriptum a Wisenbachio, Hubero, ac Noodtio in *d. tit. D.* Ego communem Latinorum opinionem tuebor. Ait Gajus in *d. L.* 1., *Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiae.* Quod juramentum *pactione* praestatur, id esse necessarium nullo modo potest: cumque *pactioni* opponatur *judicis auctoritas*, quae certe facit necessitatem; consectaneum est, necessarium jusjurandum id prorsus esse, quod in dubiis caussis pro auctoritate sua judex imponit, *L. admonendi* 31. *de jurejur.* V. a nobis dicta *Inst. Can.* III, 12. Juramentum autem, quod ex pactione est, aut in judicio, aut extra judicium praestatur. Hoc omnino voluntarium, illud judiciale; quod apud judicem praestetur. Huic explicationi fundus est mihi Paulus in *L.* 17. *eod.*, *Jusjurandum, quod ex conventione extra judicium defertur, referri non potest.* Τὸ *extra judicium* indicio est, aliud juramentum esse, quod est etiam ex conventione, sed in judicio tamen defertur: inter quae hoc interest, quod referri alterum potest, alterum nequit. Paulo, qui de referendo aut non referendo juramento conventionali agebat, necesse fuit addere τὸ *extra judicium*, non item Gajo, qui juramentorum finiendae litis gratia institutorum species enarraturus, utrumque illud uno verbo ex

(y) *Variasse super hac re Cujacium, demonstrat Merillius Variant. ex Cujac.* I, 18.

ex pactione complexus est. Jam quoniam actio isthaec ex pacto est, patet, dari eam ex jurejurando quum voluntario tum judiciali. Ex voluntario dari, non ambigitur, nam in quo magis quam in eo manifesta conventio est? Qui conditionem jurandi offert, adversarium *de caussa sua judicem facit*, *L. 1. pr. quar. rer. act. non dat.*, videturque ita pacisci cum eo, se quod juratum fuerit, ratum habiturum. Dari ex judiciali, est qui negat, sed meo judicio perperam; quum in eo etiam non obscura conventio sit. Qui juramentum in judicio defert, facit id sciens, posse adversarium facere alterutrum, aut juramentum praestare, aut referre, sicque is in utrumque eventum consentit. Is etiam cui juramentum defertur, quoniam libere potest vel jurare, vel jusjurandum referre; sive juret, sive referat, sponte sua jurat, sponte sua refert, sicque, ab alterutro juramentum praestetur, semper erit ex partium conventione. Probat hoc idem Tribonianus *d. §. 11.*, ubi adcommodatam inquit a Praetore actionem, si quis *postulante adversario* juraverit. At non minus judiciale, quam voluntarium postulante adversario praestatur. Accedit Diocletiani & Max. rescriptum in L. 8. *C. de reb. cred.*, *Actori, delato, vel relato jurejurando, si juraverit, ad similitudinem judicati in factum actio competit*. Jurisjurandi *relati* mentio facit, ut sit is locus de judiciali accipiendus. Actione ex jurejurando non illud quaeritur, num verum sit, quod est juratum, nec ne, sed id unum, an re vera juratum sit, unde *in factum* dicitur; ipsa enim reorum conventio facit, ut factum ipsum probationis loco sit, L. 5. §. 2. *D. eod.* Romae nunquam fuit de cujusquam perjurio quaesitum: tanta fuit Romanorum religio. *Adversus exceptionem jurisjurandi*, ait Julianus L. 15. *de except.*, *replicatio doli mali non debet dari; quum Praetor id agere debet, ne de jurejurando cujusquam quaeratur*. Romanorum in servanda juramentorum fide sanctitatem contra Graecorum fidem jam proverbio insignem laudat Polibius *Lib. VI. de Rep.* Actionum Praetoriarum poenalium prima est actio *albi corrupti*, de qua ita Ulpianus L. 7. *de jurisd.*, *Si quis id, quod jurisdictionis perpetuae caussa, non quidem prout res incidit, in albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit, datur in eum quincentorum aureorum judicium, quod populare est*. Ait, *quod jurisdictionis perpetuae caussa*. Perpetua jurisdictio est Edictum perpetuum, quod omnes caussas, & universum Praetoris imperium comprehendit. Ei opponit Ulpianus, quod propositum est, prout res incidit, h. e., temporarium Edictum, cujus exemplum habes in L. *contumacia* 53. §. 1. *de re jud.* Ait, *vel in charta, vel in alia materia*. Haec verba ex antiquo glossemate esse, censet Cujacius *Obs. XXI*, 24.; sed Ulpiani esse, ostendit locus Pauli *Sent. I*, 13., *Is. qui album raserit, sustulerit, corruperit, mutaverit, quidve aliud propositum edicendi caussa*: ubi τὸ *quidve aliud* ea certe spectat, quae extra album in charta vel membranis a Praetore proponebantur. Ait, *quincentorum*. Sic habet Liber Florentinus. In degeneribus editionibus est, *quinquaginta*. Ecquis credat cum corruptoribus albi tam leniter actum a Praetore? Album corrumpere est contemnere majestatem Praetoris: atque adeo ipsam laedere Rempublicam, cujus bono Edictis suis consule-

lebat Praetor; unde albi corrupti judicium e popularibus, *d. L.* 7., & multa in eo severius quam in aliis statuta, *L. familia* 9. *eod.* Secunda est actio de parente patronove sine venia in jus vocato. Ait Praetor, *Parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni patronae in jus sine permissu meo ne quis vocet*, L. 4. §. 1. *de in jus voc.* Parentem accipe utriusque sexus. Sed an in infinitum, veteres quaesiere. Quidam parentem usque ad tritavum appellari ajebant: superiores dici *majores*: atque hoc veteres existimasse, Pomponius refert. Sed Gajus Cassius omnes in infinitum *parentes* dixit: quod & honestius esse, & merito obtinuisse, scribit Ulpianus *d. L.* 4. §. 1. Liberi, quos sine permissu suo vocare in jus parentem vetat Praetor, sunt liberi emancipati; filio enim tam. nulla esse lis potest cum patre, nisi ex peculio castrensi, *L.* 4. *de judic.* In eum, qui adversus ea fecisset, quinquaginta aureorum judicium Praetor de lit, *L.* 24. *de in jus voc.*: inops autem a Praefecto Urbi quasi inofficiosus castigabatur, *L. ult. eod.* Movit Praetorem *reverentia* parentibus, ac patronis debita, *L. generaliter* 13. *de in jus voc.*: metus etiam, ne in eos *famosa actio* intenderetur, *L. sed si* 10. §. 12. *eod.* Qui eam Edicti caussam statuunt, quod praedictum fuerit Praetori visum, a liberis, libertisque parentes patronosque obtorto collo in jus rapi pro veteri Romanorum jure, de quo in nostr. *Obs.* II, 13., animos illi huc advertant, diu post abolitam manus injectionem, diuque post introductam in jus vocationem per apparitores, Edictum stetisse. Tertia est actio in eum, qui in jus vocatum vi exemit. Hujus Edicti verba in unum locum conferre neglexit Tribonianus, ceteroqui solitus Edicti verba sub initia titulorum adscribere: duo tamen ejus extant in Pandectis fragmenta, alterum in illa Epigraphe *D.*, *Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat*: alterum in L. 4. §. *ult. eod.*, *Neve faciat dolo malo, quo magis eximeretur.* Eximendi verbum generale esse, inquit Pomponius apud Paulum *d. L.* 4.; *eripere enim est de manibus auferre per raptum: eximere quoquo modo auferre: ut puta, si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit, quo minus in jus veniret, ut actionis dies exiret, vel res tempore amitteretur, videbitur exemisse, quamvis corpus non exemerit. Sed etsi eo loci retinuerit, non abduxit, tenetur*: neque is solum, qui exemit ipse per se, incidit in Edictum, sed & is, cujus dolo alius exemit, *d.* §. 12., *& L. si per alium* 41. *pr. eod.* In eum autem, qui vi exemit, in factum judicium dari, ait Ulpianus *d. L.* 4. §. 1., eoque non id contineri, *quod in veritate est*, puta, quod re vera interest actoris, *sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est, etiamsi calumniator quis sit*; non enim alio spectat Praetor, quam ut inlatam sibi injuriam ulciscatur. Remissius cum eo agitur, per *quem factum erit, quo minus quis in judicio*, h. e. apud datum judicem *sistat*: de quo Edicto in *D. II*, 10. Praetor Magistratus Populi Romani, Judex privatus homo erat.

§. XVI. usque ad XX. Tertia actionum divisio haec est. Aliae rei persequutionem continent, aliae poenae, aliae quum rei, tum poenae: quo sensu mixtae appellantur, §. 16. *h. t.* Persequendae rei gratia comparatae sunt actiones, quibus ea tantum persequimur, quae ex patrimo-

nio

nio nobis absunt ; *L. in honorariis* 35. *de O. & A.* , h. e. nostra ; ac nobis debita , quae licet jure sint in bonis nostris , facto tamen separata a nostro patrimonio sunt. Tales sunt omnes in rem actiones , & *fere* omnes in personam ex contractu , §. 17. *h. t.* Τὸ *fere* spectat ad actionem depositi, quae adversus eum , qui miserabile depositum inficiatur , heredemve ejus , si quid ipsius heredis dolo factum sit , in duplum est , cui inest simplum ; proinde mixta , *d.* §. 17. , & §. 26. *h. t.* , ac *L.* 1. §. 1. *D. depos.* Miserabile depositum dicitur , quod tumultus , incendii , ruinae , aut naufragii caussa depositum est , *d.* §. 1. Merito autem istas deponendi caussas separavit Praetor , nam *continent fortuitam caussam depositionis ex necessitate descendentem , non ex voluntate proficiscentem* , inquit Ulpianus *d. L.* 1. §. 2., quasi dicat , minus esse succurrendum ei , qui , quum nullo premeretur periculo , potuit sibi bene consulere fideliorem amicum deligendo , quam ei , qui in summa animi trepidatione , rem , ne periret , apud eum deposuit , quem primum sors dedit . Quid quod miserabile depositum dolo malo inficiari , perinde est , atque in miserum desaevire ? *Crescit* igitur *perfidiae crimen , & publica utilitate coercendum est vindicandae Reip. caussa* , *d. L.* 1. §. 4. , in quem v. nostr. *jur. Obs.* IV , 20. Quadruplum , in quod ex miserabili deposito agitur apud Auctorem Declamationum *Decl.* 245. , praeter Romanum jus est . Lege XII. Tab. depositarius , si quid in deposito fecisset dolo malo , *duplione* luebat , *Tab.* III. : tanta olim fuit Romanorum religio in servanda depositi fide (z). Sed paullatim se se remittente Romanorum severitate , de miserabili tantum deposito id Praetor edixit . Tandem re in deterius data , Jurisconsultorum interpretatione eo ventum est , ut , si quis depositum abneget , tum demum actio dupletur , *d.* §. 17., & 26. Persequendae poenae gratia comparatae sunt actiones furti sive manifesti , sive nec manifesti , injuriarum , albi corrupti , ac de parente patronove sine Praetoris permissu in jus vocato, §. 21. *sup. de obl. quae ex del.*, §. 10. *sup. de injur.* §. 12., & 18. *h. t.* Mixtae sunt actiones de vi bonorum raptorum , ac de damno injuria dato secundum ea , quae scripta a nobis sunt in *pr. tit. de vi bon. rapt.*, & in §. 9. *de L. Aquil.* : quibus accedat ex §. 19. *h. t.* actio ex testamento in duplum adversus eos , qui legati , fideicommissive nomine relicta Ecclesiis , aliisve venerabilibus locis aut inficiantur , aut usque eo differunt dare , ut in judicium vocentur . Una haec mixta actio ex quasi contractu est, , 5. *de obl. quasi ex contr. Lib.* III. : aliae quum poenales , tum mixtae ex maleficiis sunt , *d.* §. 18. Sed in gratiam Religionis inficiatio , vel mora maleficii loco est .

§. XXI. usque ad XXVII. Quarta actionum divisio haec est . Aliae in simplum , aliae in duplum , aliae in triplum , aliae in quadruplum concipiuntur , §. 21. *h. t.* In simplum sunt actiones ex stipulatione , mutui datione , emto vendito , locato conducto , mandato , §. 22. *h. t.* Sunt in duplum actiones furti nec manifesti , damni injuriae ex L. Aquilia , si dam-

(z) *Par , & vero etiam major aliarum quoque gentium fuit . V. Ferand. Adduens. Explic.* I , 18.

si damnum negetur, §. *ult. de obl., quae quasi ex contr.*, depositi miserabilis etiam ob inficiationem, ex legato venerabilibus locis relicto ex caussa inficiationis, vel morae: itemque servi corrupti in eum, cujus consilio servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus sit, aut luxuriose vivere coeperit, aut quolibet alio modo deterior sit factus; ita tamen ut earum etiam rerum, quas fugiendo abstulit, aestimatio deducatur, §. 23. *h. t.* De servo, non de filiosam. corrupto prodita actio est, quia non in patrimonio patris est filius, uti servus in patrimonio domini, qui *pauperiorem se factum esse probare potest, dignitate & fama domus integra manente*, inquit Paulus in *L. ut tantum* 14. §. 1. *de serv. corrupt.*; cujus loci sententia est, ideo non fuisse propositam de filiosam. corrupto actionem, quia quum corruptio filii liberaliter educati familiam dedeceret; haud erat credendum, patremfam. domus suae dedecus evulgaturum. Sed quam actionem palam proponi vetuit verecundia patris, eam ipsa patris utilitas suasit. Si quis igitur suae famae securus agere velit eo nomine, utili aget *officio judicis aestimanda, quoniam interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi*, d. §. 1. Furti & servi corrupti actiones in duplum sunt *omnimodo*, §. 26. *h. t.*, i. e. sive a se factum inficietur, sive confiteatur reus: quin ubi servi corrupti agitur, ipsa etiam rerum a servo ablatarum aestimatio duplatur, *L. in hoc* 10. *eod.* Aliae, ut dictum, quandoque sunt in simplum, quandoque in duplum. In triplum est actio adversus eum, qui majorem vera aestimatione quantitatem in libellum conventionis inseruit, ut ex hac caussa viatores ampliorem summam sportularum nomine exigerent, §. 24. *h. t.* Viatores olim dicti, qui proceres morari in agris solitos, e villis in Senatum arcessebant. Cic. *de senect. c.* 16., Columel. *Praef.* 1. Hoc loco sunt litium exequutores, seu qui reos vocant in jus, quibusque (aa) *imminendi litibus solicitudo injuncta est*, uti Anastasius loquitur in *L.* 12. §. 1. *C. de prox. sacr. scrin. Lib.* XII. Sportula primum Romanis fuit, quod in sportulam conjectum clientibus dabatur loco coenae rectae. Martial. *Ep. VIII*, 10., Suet. in *Aug. c.* 74., Juven. *Sat.* III, §. 249. Tum sportula dicti denarii, qui virilem togam sumentes, nuptias facientes, magistratum ineuntes, opusve publicum dedicantes erogabant, Plin. *Ep.* X, 117. & 118. V. Fabrot. in *Cujac. Parat. C. de sport.* Postremo quodlibet salarii, honorariique genus eo nomine comprehensum est: qua de re Alciatus *Dispunct.* III, 17. Et vero sportulae hic sunt salaria viatorum. Fuisse sportulas pro modo quantitatis libello expressae aestimatas, auctor est Tribonianus *h.* §. Porro Theophili testimonio scimus, datum a reo viatori dimidium aurei in centenos, aureum unum in ducenos. Sed in Theophili locum vide Ernstium *Obs.* I, 17. Si plus igitur viatori dedi, quod plus a me petiisti, competit mihi adversus te condictio ex Lege, qua damnum mihi datum persequor in triplum, cui simplum inest. Instituta primum ea condictio est Constitutione Justiniani, quam fuis-

(aa) *Male alicubi legitur*, in minuendis: *pejus alibi*, minuendi.

fuisse Codici insertam, testis est Tribonianus (*bb*). At vero, quod esset Graece scripta, culpa librariorum, qui Graece nesciebant, aetatem non tulit. De ea Constitutione v. Cujac. *Obs.* XII., 22. Oportebat plus petentes coerceri in eum modum; postquam desueverant veteres poenae plus petitionis, de quibus mox. Moneo hic, omnes actiones, quae ex novis Constitutionibus dantur, & proprium nomen non habent, *condictiones ex Lege*, appellari. Paul. in *L. un. de condict. ex Leg.* In quadruplum sunt actio furti manifesti, de qua sub initium hujus Libri: actio quod metus caussa in eum, qui lucrum sensit ob metum agenti illatum, *L. item si* 14. §. 3. *quod met. caus.*: actio in factum adversus calumniatores, nempe eos, qui pecuniam acceperunt, ut calumniae caussa negotium alicui facerent, vel non facerent, *L.* 1. *de calumn.*: demum condictio ex Lege in viatorem, qui majores aequo sportulas a reis accepit, §. 25. *h. t.* Accedat & actio de bonis vi raptis. Quadruplum in furti manifesti judicio totum est poena: in reliquis quadruplo inest simplum. Jure novissimo Justiniani viator damnum passo reddit simplum, aerario triplum infert, *Nov. CXXIV*, 3. Illud proprium est actionis de eo, quod metus caussa, quod reus poenam quadrupli evadit, si ante sententiam arbitrio judicis rem restituat actori, §. 27. *h. t.*, *d. L.* 14. §. 1. *quod met. caus.*

§. XXVIII. usque ad XXXII. Quinta actionum divisio haec est. Aliae bonae fidei sunt, aliae stricti juris, aliae arbitrariae. Bonae fidei actiones sunt ex emto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, quaeque competit ex permutatione, petitio hereditatis, atque ex stipulatu actio de dote, §. 28. & 29. *h. t.* Aliae, nisi sint arbitrariae, stricti juris esse intelliguntur: Tribonianus enim non exempla proposuit actionum bonae fidei, sed omnes, quotquot sunt, coegit in hunc locum. Itaque ait, *Bonae fidei sunt hae, ex emto &c.*, non inserto *veluti*, aliave simili vocula, quae index sit exemplorum. Aestimatoria praescriptis verbis actio competit, quum res aestimata vendenda datur, ut is, qui accipit, aut rem ipsam reddat incorruptam, aut aestimationem, de qua convenit, L. 1. *pr.* & §. 2. *de aestim.* Quale esset negotium illud, olim quaesitum. Et placuit, civile negotium esse, innomina-

(bb) *In fine hujus §. vulgo legitur*, Quod nostra Constituto induxit, quae in nostro Codice fulget, quam procul dubio certum est ex Lege condictitia emanare. *Sensus est, Constitutionem Justiniani manasse ex veteri Lege condictitia, quam de condictione seu denunciatione litis ab Imp. Marco factam, scribit Aurelius Victor. In eandem sententiam legitur vulgo in* §. 25. *h. t.*, Item ex Lege condictitia nostra Constitutio oritur. *Sed uterque locus in mendo est. In* §. 24. *legendum*, ex qua (*Constitutione*) dubio procul est ex lege condictitiam (*actionem*) emanare: *in* §. *autem* 25., Item ex lege condictitia (*actio*) ex nostra Constitutione oritur. *Sensus est, utramque condictionem Constitutione Justiniani inductam. Emendationem tuentur Theophili auctoritas, ac veterum quorundam Librorum fides.*

natum, & bonae fidei, *d. L. 1. pr.* Actionis *aestimatoriae* nomen non civile & legitimum est, sed naturale ex rei, quae datur, aestimatione factum: quale est etiam nomen *permutationis*, quae non aliud est, quam contractus *do ut des*, *L. naturalis 5. §. 1. de praescr. verb.*: unde data ex ea praescriptis verbis actio, de qua in *d. L. 1. §. 1.* Ceterae praescriptis verbis actiones sunt stricti juris. De petitione hereditatis ambigebatur. Alii eam, quod in rem esset, nec ullum contineret negotium mutuo gestum, actionibus stricti juris: alii, quod praestationes personales haberet, bonae fidei actionibus accensebant, *d. §. 28.* Prioris sententiae vestigium extat in *L. utiles 39.*, *L. hereditas 50. §. 1.*, & *L. ult. de her. pet.*: posterioris extat in *L. plane 38. D. eod. tit.* Justinianus posteriorem confirmavit in *L. ult. C. eod.* Ex stipulatu actio bonae fidei est, si pro repetenda dote intendatur, alias stricti juris, *§. 29. h. t.* Successit ea in locum actionis (cc) *rei uxoriae*, quae bonae fidei erat, *L. un. C. de rei uxoriae act.* Res uxoria non matrimonium est, uti Giphanius putat, sed ipsa dos: unde Boetius in *Top.* rei uxoriae actionem vocat *actionem de dote*. Ante Justinianum uxori, & socero dotis repetendae caussa competebant actiones duae, actio rei uxoriae, itemque actio ex stipulatu, si stipulatio intervenisset: extraneo autem tantum ex stipulatu. Rei uxoriae actio bonae fidei erat; ex stipulatu stricti juris: sed haec in quibusdam multo plus habebat utilitatis: quod intelligere est ex *d. L. un.* At vero Justinianus abolita rei uxoriae actione, bonae fidei fecit actionem ex stipulatu pro dote, atque hac experiri uxorem, socerumque permisit, quamvis inutiliter, aut prorsus nulla interposita stipulatio sit: extraneum vero non aliter, quam si reddi dotem sit stipulatus, *d. L. un. §. 13.* Ad haec uxori ex caussa dotis sive profectitiae, sive adventitiae tacitam dedit hypothecam in bonis viri: & hoc plus praeferri eam voluit aliis creditoribus hypothecariis ut ut tempore prioribus, *d. §. 29.*, *d. L. un. §. 1.*, & *L. ult. C. qui pot. in pign.* In *d. §. 29.* scriptum est, *Praeferri aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, quum ipsa mulier de dote sua experitur, cujus solius providentia hoc induximus.* Τὸ *solius* perperam refert Theophilus ad dotem, ut ita a dote separetur donatio propter nuptias: qua de re in *d. L. ult.* Spectat ea vox ad mulierem, cui soli jus illud praelationis est datum, non extraneis dotem reddi stipulatis, non patri, non heredi extraneo. Sed liberos tamen matris heredes eodem cum matre jure censeri, receptum est, frustra obnitente A. Fabro *Conject. VIII*, 13. V. Cujac. in *Nov. XCI.*, & Bachov. *De pign. IV*, 13. Jam quae caussa est, cur actionum quaedam *bonae fidei*, quaedam *stricti juris* dicantur? In omni quidem contractu praestari bona fides debet, *L. si mandatu 59. §. 1. D. mand.*; at sunt tamen contractus non-

 nulli,

(cc) *Salmasium, qui reuxoriam actionem dici mavult testimonio Glossarum Nomicarum, & Suidae, erroris convincunt veteres Libri Menagii, & Brodaei. Quid quod apud Tullium De Off. III, 15. est* arbitrium rei uxoriae? *Graeculos autem illos Latini sermonis imperitos non moror. V. Fabrot.* in *Cujac. Parat. C. V, 13.*

nulli, in quibus bona fides *maxime* exigitur, L. 5. C. *de resc. vend.*: quo sensu & eis *inesse bona fides* dicitur, L. *hoc jure* 152. §. *ult. de R. J.*, & ii *descendere* dicuntur *ex bona fide*. Paul. *Sent. II*, 17. 14. E contrario alii sunt, quibus bona fides non inest. Hos stricti juris, illos bonae fidei contractus appellamus: atque hinc nata actionum partitio in bonae fidei, & stricti juris. Judiciorum bonae fidei notae erant verba, *ut inter bonos bene agier oportet*, quae in fiduciis: *quantum aequius melius*, quae in arbitrio rei uxoriae: & *ex fide bona*, quae in ceteris adhibebantur, sive intenderet actionem actor, sive Judicem Praetor daret: quorum nihil erat in judiciis stricti juris. Cic. *De off. III*, 15., & *pro Rosc. c.* 4. Iis verbis libera potestas permittebatur Judici *ex bono & aequo aestimandi, quantum actori restitui deberet*, §. 30. *h. t.* Quod si abessent ea verba, sic formula includebatur Judex, ut vel totam litem obtineri, vel amitti totam oporteret. Cic. *pro Rosc. c.* 4., Senec. *De ben. I*, 7. Igitur hoc casu proprie *judex* & *judicium*: illo proprie *arbiter*, & *arbitrium*. Cic. ibid. Hinc jus strictum doctissimi quique interpretantur Judicis potestatem non liberam, sed formulae vinculis adstrictam. Sed magis est, ut sit jus subtile, ac summum, cui aequitas opponitur: sitque proinde bona fides idem quod jus aequum, ut in *L. si fidejussor* 29. §. 4. *D. mand.* Movet me Gajus, qui de bonae fidei contractibus agens, τὸ *ex fide bona* interpretatur *ex bono & aequo*, L. *consensu* 2. §. *ult.*, & L. *si quis* 5. *pr. de O. & A.* Movet item Ulpianus in L. *si quis* 36. *de V. O.*, ubi in stipulatione, quae stricti juris est, attendi ait *subtilitatem juris*. Demum movent Cicero, & Seneca laudatis locis. *Quid est in judicio?* inquit Cicero, *Directum, asperum, simplex . . . . Quid est in arbitrio? Mite, moderatum.* In judiciis bonae fidei posse arbitrum, scribit Seneca, *detrahere aliquid & adjicere, & sententiam suam, non prout Lex & justitia*, h. e. stricta juris ratio, *suadet, sed prout humanitas & misericordia impulit, regere*. Dixi, in bonae fidei contractibus *maxime* exigi bonam fidem. Τῶ *maxime* consectaria praecipua sunt haec. I. Bonae fidei contractus, si eis dolus caussam dederit, h. e. si quis dolo sit ad contrahendum inductus, alias non contracturus, ipso jure sunt nulli, L. *& eleganter* 7. *pr. de dol. mal.*, L. *ea vero* 3. §. *ult. pro soc.*: at stricti juris contractus dolo initi subtilitate juris valent, nataque ex eis actio exceptione doli mali summovenda est, *d. L.* 36. *de V. O.*, & *L.* 5. *C. de inut. stip.* Sed v. Noodt *de form. emend. dol. c.* 3. II. Re ex caussa contractuum bonae fidei deteriore reddita, agi ea ipsa actione potest, qua poterat ante rem redditam, *L. sed mihi* 3. §. 1. *D. commod.*, *L.* 1. §. 16. *D. depos.*: reddita autem deteriore ex caussa contractuum stricti juris, vetus actio perit, estque necessaria de dolo actio, si intervenerit dolus, *d. L.* 7. §. 3. *de dol.* III. Bonae fidei contractus mutuas praestationes etiam non expressas admittunt ex bono & aequo, L. *ex empto* 11. §. 1. *de act. emt.*, *L. consensu* 2. §. 3. *de O. & A.*, & ex mora usuras, ac fructus, *L. mora* 32. §. 1., & *L.* 34. *de usur.*: atque hoc est *bonam fidem inesse*, puta non expressa intelligi, & subaudiri: contra vero ex contractibus stri-

cti juris nihil ultra id, de quo nominatim convenerit, debetur, *L. eum qui* 22. *de donat.*, *L. quidquid* 99. *de V. O.* IV. In judiciis bonae fidei compensatio fit ipso jure, ut proinde si tu mihi debeas L., & ego tibi vicissim XXX., tu vere XX. debeas, hujusque tantum summae usuras, *L. si ambo* 10. *pr.*, *L.* 11. & 12. *de compens.*, ac si per errorem solvas L., condicere XXX. quasi indebitum possis, *d. L.* 10. §. 1. Sed in stricti juris judiciis principio nec jure ipso, nec per exceptionem compensatio fiebat: tum ex Imp. Marci rescripto, cujus meminit Tribonianus *d.* §. 30., induci coepit opposita exceptione doli, quae, uti scite Cujacius *Obs. VIII*, 16., strictum judicium bonae fidei fecit. Denique *placuit inter omnes*, (h. e. constitit inter prudentes) *id, quod invicem debetur, ipso jure compensari* (subaudi, in judiciis etiam strictis) *L. postea quam* 21. *eod. tit.*: quam juris definitionem Alexander Severus probavit in *L.* 4. & 6. *C. eod.* Sed debet compensatio *aperto jure* niti, *d.* §. 30., i. e. non compensatur debitum nisi liquidum, confessum, praesens, *L.* 22. *eod.*, & *L.* 3. *de tut. & rat. distr.* Porro in caussa depositi compensationi non est locus, sed res ipsa reddenda est. Paul. *Sent.* II, 12. 12. Similia sunt apud Senecam *De benef. VI*, 5.: in quem Senecae locum v. Raevard. *Var.* I, 11. Dicta hactenus de compensatione quum jure veteri comprehendantur omnia, quis non miretur impudentiam Triboniani ea tribuentis Imperatori suo tamquam auctori? Vere novi nihil habet Justiniani Constitutio in *L. ult. C. de compens.*, ad quam spectat Tribonianus *d.* §. 30.: aut si quid habet novi, id unum est, ut compensatio etiam in rem actiones minuat ipso jure, adeo ut jus possessori sit opposita compensatione rem retinere: quum tamen antea nulla esset corporis & quantitatis contributio, neque aliter qui certam speciem habebat penes se, opponere compensationem posset, quam si is, re suo dolo culpave deperdita, vel deteriore facta, debere inciperet aestimationem: quod recte adscribunt Justiniano Cujacius *Obs. XV*, 12., & Merillius *Variant.* II, 4. Sed & illud videri mirum debet, quod Tribonianus *d.* §. 30. *solam* excipiat depositi actionem: quum tamen Justinianus *d. L. ult.* non solum depositario, sed & *possessionem alienam perperam occupantibus* deneget compensationem. Perbella est conjectura Noodtii in *tit. D. de compens. solam* explicantis *praecipuam & potissimam* testimonio Servii, qui in iis Virgilii *Georg.* I, 19., *Et tua nautae Numina sola colant*, τὸ *sola* interpretatur in eum modum. Neque insolens ejus verbi acceptio est in Libris juris. V. *L.* 1. *C. de bon. poss. contr. Tab.*, & *L.* 12. *C. de oper. lib.* In *L.* 4. *C. de commod.* v. nostr. *jur. Obs.* IV, 6. Habes XV. bonae fidei actiones. Num autem directae sint, an utiles & contrariae, nihil refert: quod Charondas *Verisim.* III, 3. & Huber in *h. tit. n.* 27. egregie demonstrarunt. Reliqua est ea quaestio, cur placuerit, hos potius quam illos contractus bonae fidei esse? Non unaistius rei ratio adfertur. Ea mihi blandita diu est, quam proponit Cicero *De off.* III, 17., bonae fidei nomen in iis contractibus versari, quibus maxime *vitae societas continetur*. Tum illud me non mediocriter

obturbavit, quod stricti juris sit mutuum, quo pauci e contractibus frequentiores utilioresque sunt. Num duo in contractum, quo bonae fidei sit, concurrere est opus, usum quotidianum, & mutuas praestationes? Praestat ita cum Hubero sentire, quam de ratione disperare, quo tandem venit Charondas l. c. Prorsus aliae ab utroque actionum genere sunt quae arbitrariae nuncupantur. Arbitrariam esse actionem ad exhibendum quis est omnium qui ignorat? Eam vero nec bonae fidei, neque stricti juris esse, docet Marcianus in L. *in actionibus* 5. *pr.* & §. 4. *de in lit. jur.*: quo unus juris testimonio recte finiri videtur mihi vetus controversia de genere istarum actionum. Sed & de eo magna inter interpretes juris concertatio est, quae sit arbitrariarum actionum natura. Eas esse inquit Tribonianus §. 31. *h. t.*, quae ex arbitrio Judicis pendent. Quid autem sit ex arbitrio Judicis pendere, duobus modis exponit. Primum ait, in arbitrariis judiciis reum, nisi arbitrio Judicis actori satisfaciat, condemnari debere: tum subdit, in iis judiciis permitti Judici ex bono & aequo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum satisfieri oporteat actori. Est quidem aliqua in ipsa re, sed major in verbis Triboniani obscuritas est. Ego omni opera enitar, ut adolescentibus non desim hoc loco. Non una omnium arbitrariarum actionum ratio est. Quaedam arbitrariae dicuntur a Judicis arbitrio, quod necessario sententiam praeit: idque olim formula comprehensum, tradit Cicero *in Ver.* II, 12., *Si paret, fundum, quo de agitur, P. Servilii esse, neque is fundus restituatur, Judex condemna*. Arbitrium est hic jussus, seu potius monitum Judicis. Monere reum Judex debet, ut restituat, exhibeat, vel ex noxali caussa dedat: exinde, si arbitrio pareat reus, absolvere: si non pareat, in aliquid gravius condemnare. Istiusmodi sunt in rem actiones tum Praetoriae, tum Civiles, excepta sola hereditatis petitione, quae bonae fidei est. Quas nominatim memorat Tribonianus, eae sunt omnes Praetoriae: sed & civiles in rem arbitrarias esse, docent Cicero l. c., & Ulpianus in *L. qui restituere* 68. *de rei vind.* Istiusmodi etiam sunt actiones ad exhibendum, de dolo quod metus caussa, & noxales, *d.* §. 31. De singulis videamus. Si quis cum aliquo in rem agat, Judex ubi comperit, rem actoris esse, non statim condemnare reum potest, sed monere hunc primum debet, ut rem cum fructibus restituat; id enim continetur arbitrio, L. *ex diverso* 35. §. 1. *eod.* (dd): exinde re cum fructibus restituta reum absolvet: re non restituta, si quidem reus habeat rem, manu militari transferet ab eo possessionem; eumque fructuum dumtaxat omnisque caussae nomine condemnabit: si dolo fecit, quominus possit restituere, delato actori juramento, quantum hic juraverit in litem, (jurare autem (ee) in infinitum potest) condemnabit: sicque dolum & contuma-

ciam

(dd) *Paulus in L.* 35. §. 1. *utitur verbo condemnandi. Sed eo verbo magis arbitrium, quam definitivam sententiam significari, patet ex* §. *pen.*, *in quem v. Cujac. Adde, quae Bachovius habet. De act.* VII, 1. 7.

(ee) *An sine ulla taxatione? Ita scribit Ulpianus d.* L. 68. *At vero*

Pau-

etiam non restituentis coërcebit, *d.* L. 68. *eod.* (*ff*), & L. *sive* 2. § 1. *de in lit. jur.* In actione etiam ad exhibendum, aut de dolo ob contumaciam rei, qui exhibere aut restituere jussus non exhibet, restituitve, in litem juratur, L. *in hac* 3. §. 2. *ad exhib.*, L. *arbitrio* 18. *de dol. mal.* Ad exhibendum actio in eum intenditur, qui rem possidet, (*d.* L. 3. §. 15.) ut eam in publicum producat, praebeatque facultatem videndi tangendique; id enim est exhibere, L. *quod & Lex* 3. §. 8. *de lib.hom. exhib.*: sicque subservit in rem actioni, propter quam inducta est, L. 1. & *d.* L. 3. §. 3. *ad exhib.* Intenditur & in eum, qui dolo desiit possidere, L. *Julianus* 9. *eod.* Actione de dolo, si alia actio non sit, cum eo agimus, qui nos decepit, ut quod ejus dolo nobis abest, restituat, vel quanti nostra interest, damnetur, *d.* L. 18. *pr.* & §. 1. Porro in actione quod metus caussa, nisi reus arbitrio judicis restituat, omne, quodcumque restitui oportuit, quadruplatur, L. *item si* 14. §. 1. *quod met. caus.* Noxales autem actiones, quoniam magis adjectiones actionum sunt, quam propria species actionum, arbitrariae tum demum erunt, si directae arbitrariae sint. Non sunt igitur arbitrariae noxales furti, damnive injuriae, quod nec arbitrariae sunt directae ex iis caussis actiones: contra sunt arbitrariae noxales quod metus caussa, vel de dolo; nam directae ex iisdem caussis sunt itidem arbitrariae: quod ex *tit.* 8. *h. Lib.* plenius intelligetur. Ita nihil est, cur miretur Faber *Decad. LXXXIX*, *er.*4., quod noxales in censum veniant actionum arbitrariarum. Hactenus dicta de isto arbitrariarum genere praeclare, ut mihi videtur, confirmat Tribonianus §. 27. *h. t.*, ubi de actione quod metus caussa inquit, *ejus natura* (h. e. natura arbitrariae actionis) *tacite contineri, ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur*: si non restituat, in quadruplum damnandus. Scio, etiam in actionibus bonae fidei, quae sunt ad restituendum comparatae, jussum judicis sententiam praeire, ac jurari in litem, *d.* L. 5., & L. *tutor* 8. *de in lit. jur.*, L. *sed mihi* 3. §.2. *D.commod.*, L. 1. §. 26. *D. dep.s.*, verum non ideo eas esse arbitrarias, existimandum est. Quae proprie dicuntur arbitrariae, non ex caussa, quae iis inest, arbitrariae sunt, sed ex arbitrandi facultate formulae expressim inserta: quae si defuisset, illae sui natura arbitrariae non fuissent. At in bonae

Paulus in L. arbitrio 18. de dol. mal., & idem ipse Ulpianus in L. in hac 3. §. 2. ad exhib. taxari a judice quantitatem, ajunt. Et vero licet ad castigandam rei contumaciam aequum sit, rem ultra pretium aestimari, L. 1. D. de in lit. jur.; tamen pati Leges effrenem aestimandi licentiam non debent. Igitur το sine ulla taxatione non ad judicem referendum est, sed ad legem, quae praescribere actori poterat, ad quam usque summam liceret jurare, puta usque ad duplum, vel triplum: nec tamen praescripsit. Quae contra disputat Faber Conject. XVI, 17. & 18., ac Decad. XCII, er. 4. & 5., ea diluit omnia Bachovius De act. VII, 1. 13.

(ff) *Fabro, qui Conject. XVI, 17. totam L. 68. a Triboniano confictam contendit, vide, quid reponant Bachovius De act. VII, 1. 11., & Huber in tit. D. de rei vind. n. 13.*

bonae fidei actionibus arbitrium bonae fidei, quae ineſt iis, tacitum conſectarium eſt. V. Bachov. *De act. VII*, 1. 12., & Marcil. in *d.* §. Jam vero ſunt quaedam aliae actiones, arbitrariae dictae ab arbitrio itidem Judicis, non eo, quod ſententiam praeit, ſed eo, quo, quemadmodum ſatisfieri oporteat actori, aeſtimatur. Actiones id genus ſtricti juris ſunt, ſed ob qualitatem ex accidenti advenientem arbitrariae fiunt. Talis eſt actio de eo, quod certo loco, cujus mentio in *d.* §. 31. Si quid mihi ex mutuo, ſtipulatione, teſtamentove debeas, mihi tecum agendi jus eſt condictione certi ex mutuo, actione ex ſtipulatu, vel ex teſtamento: quae ſunt omnes ſtricti juris; at ſi quod debes, certo loco ſolvendum eſt, ſummo quidem jure non videtur jus mihi eſſe alio loco agendi; ſed quoniam iniquum eſt, te ad eum locum aut data opera, aut neceſſaria aliqua de cauſſa non accedente, me experiri prohiberi; comparata eſt in eam rem utilis actio de eo quod certo loco, qua alio etiam loco agam, facta commemoratione loci, quo debebat res dari, L. 1. & paſſim *de eo, quod cert. loc.* Quoniam autem pro diverſitate locorum varia ſunt rerum pretia, & varius uſurarum modus, L. *ideo* 3. *eod. tit.*: & quoniam porro ſaepe per reum, quandoque etiam per actorem ſtat, quominus certo loco ſolvatur, L. 2. *eod.*, interdum minoris, interdum majoris pecuniae, quam intentatum eſt, fieri condemnatio debet, *d. L.* 2.: interdum etiam reus abſolvi, cautione ab eo exacta de pecunia ibi ſolvenda, ubi promiſſa eſt, *L. quod ſi* 4. §. 1. *eod.*: quae omnia arbitrio Judicis permiſſa ſunt. Ita ſtricti juris judicium, in quo conventionis, & formulae fines egredi Judex non poſſet, ob pecuniam certo loco non ſolutam, quae adjectitia qualitas eſt, in arbitrarium abit. Idem in bonae fidei actionibus obtinet, ſed ex ipſa actionum natura, *L. in bonae* 7. *eod.* Arbitrariae utriusque generis actiones, quas hactenus enumeravi, a Triboniano in exemplum proponuntur. Eſſe & alias, ipſe Tribonianus monet: de quibus v. Bachov. *De act. VII*, 1. 18. Ex dictis proclive eſt conficere abſolutiſſimam iſtarum actionum definitionem. Patet etiam ex dictis, ad bonae fidei, atque arbitrarias actiones pertinere illud Triboniani §. 32., curare debere Judicem, ut omnimodo, quantum poteſt, certae pecuniae vel rei ſententiam ferat, etiamſi apud eum de incerta quantitate ſit actum.

§. XXXVI. uſque ad XL. Ultima actionum diviſio haec eſt. Aliis ſemper ſolidum conſequimur, aliis quandoque ſolidum, quandoque minus ſolido, §. 36. *h. t.* Minus ſolido conſequimur actione de peculio, ſi minus in peculio ſit, quam debetur, ut fuſe in §. 4. *ſeq. tit.*: item actione de dote (hac mulier dotem repetit a marito ſoluto matrimonio, aut ſi maritus ad inopiam dilabatur, etiam conſtante, *L.* 24. *ſol. matr.*) non ſolum ſi dos per neceſſarias impenſas a marito factas jure ipſo minuta ſit, quo nomine *marito* (gg) *retentio conceſſa eſt, ſicut ex latioribus Di-* ge-

(gg) *Vulgati Inſtitutionum Libri in* §. 37. *h. t. habent*, quaſi retentio. *Sed τὸ* quaſi *quum Theophilus, quum optimi quique Latini Codices ignorant:*

gestorum libris cognoscere licet; sed & si facultates mariti solidum solvi non patiantur; poscit enim reverentia, quae ab uxore exhibenda est viro, ut hic *quatenus facere possit*, h. e. dum ne indigeat, condemnetur, §. 37. *h. t.*, & *L. un.* §. 5. & 7. *C. de rei ux. act.*: cui beneficio si maritus abrenunciaverit, pactum valere boni mores non sinunt, *L. alia* 14. §. 1. *sol. matr.* Ad haec minus solido consequimur, si cum parente, patronove agamus, vel cum socio (*hh*) judicio societatis, vel cum donatore ex caussa donationis, vel cum eo, qui postea quam bonis cesserat, aliquid adquisivit; namque hi omnes in id, quod facere possunt, condemnantur, §. 38. & 40. *h. t.*, *L. sunt qui* 16., *L.* 17, *L.* 19. §. 1. *de re jud.*, *L. is qui bonis* 4. *de cess. bon.* Sunt & alii, quibus idem beneficium indultum est, de quibus v. *d. L.* 17., *L.* 18., & *L.* 20. *de re jud.* Postremo minus solido consequimur oppositis *plerumque* compensationibus sive ex eadem, sive ex diversa caussa. Tò *plerumque* Triboniani est in §. 38. *h. t.*, & est quidem momentosum, quandoque enim compensationi non est locus secundum ea, quae dicta sunt in §. 30. *h. t.* At quod ibidem scribit Tribonianus, opponi compensationes *ex eadem caussa* debere, id ex antiquo aliquo Jurisconsulto descripsit immemor novi juris, quo ex diversa etiam caussa compensationes admissae sunt, *tit. D.* & *C. de compens.* Et recte novi juris memor Theophilus verbum illud omisit.

§. XXXIII. XXXIV. & XXXV. In extremum hunc locum reservavi, quae de (*ii*) plus minusve petitione, deque re alia pro alia petita docet Tribonianus. Plus petitur quatuor modis, re, tempore, loco, caussa: re, si pro *X.* aureis, qui debentur, petantur *XX.*: tempore, si ante diem, conditionemve petatur; quemadmodum enim minus solvere intelligitur, qui serius solvit, ita plus petere videtur, qui praemature petit: loco, si quod erat certo loco solvendum, alibi petatur *pure*, i. e. *sine commemoratione illius loci*; namque, ut modo dictum, varia pro varietate locorum sunt rerum pretia, usuraeque pecuniarum: [illegible] caussa,

rant: & omnino subdititium esse, ea vel una ratio evincit, quod jure Digestorum, quod nominatim laudat Tribonianus, vera retentio impensarum caussa concederetur marito. Num autem est id abrogatum jure novo? Ita visum sciolo illi, qui eam voculam intrusit, fuitque fraudi Lex un. §. 5. *C. de rei ux. act.*, *ubi marito, qui in rem dotalem impendit, consulitur mandati, aut negotiorum gestorum actione. At vero utraque haec actio ad impensas utiles spectat. De dote per necessarias impensas jure ipso minuenda, deque dotis ob eam caussam retentione nihil novi cautum ea L. Stat igitur jus vetus, de quo in L.* 1. §. 2., *L. quod dicitur* 5., & *L. pen. D. de impens. in res dot. fact.*: *quas Digestorum particulas Tribonianus d.* §. 37. *nomine librorum designat.*

(hh) *Num universorum bonorum, an etiam unius rei? V. nostr. jur. Obs.* IV, 14.

(ii) Plus pro pluris, *ut in tit. C. de plus petitionibus. Latinos olim, quos casus verbis, eosdem nominibus verbalibus adjunxisse, sat notum.*

caussa, h.e. *modo*, & *qualitate obligationis*, (Paul. in L. *obligationum* 44. *pr.* & §. 3. *de O. & A.*, & *Sent. I*, 10.) si quis ab eo, qui aut debet sub alternatione, ut Stichum, vel X. aureos; aut generaliter, ut vinum; alterutrum, certamve vini speciem, puta (kk) *Campanum* petat; quia electionem adversario tollit: quo fit, ut tum etiam plus petere intelligatur, quum speciem petit omnium despectissimam. Quid quod interdum facilius reo est id dare, quod pluris est? Olim plus petentes *causa cadebant*, i. e. *rem amittebant*, §. 33. *h. t.* Eodem sensu Latinis dictum *cadere*, aut *excidere formula*. Suet. *in Claud.* c. 14., Quintil. *III*, 8., Auctor Declam. *Decl. CCCL.* Praetor autem minores in integrum restituebat, ac magna aliqua justi erroris caussa interveniente, etiam majores, *d.* §. 33. Senec. *ep.* 48. Successit jus novum a Zenone ac Justiniano procusum. Quum Zenonianam, tum Justinianeam Constitutionem meminit *d.* §. 33. Tribonianus. Certe utraque fuerat in Codicem regesta; sed utraque, quod erat Graece scripta, intercidit. Primus Cujacius utramque restituit ex Basilicis *Obs. XII*, 21.: prostatque nunc Zenoniana in L. 1., Justinianea in L. 2. C. *de plus pet.* Zenoniana ante tempus petentibus alterum tantum tempus petire jussit, reo interim nihil nomine usurarum dependente: eoque tempore exacto non ante eos agere, quam refectis litium expensis. Justinianea, quantum ex *d.* L. 2., & ex *d.* §. intelligimus, plus petentes quantitate, vel alio modo coërcuit poena tripli, de qua actum in §. 24. *h. t.* Quod vero poena illa tripli, de qua in *d.* §. 24., ad eos tantum spectat, qui majorem vera quantitate aestimationem libello conventionis inserunt, quo plus nomine sportularum exigant viatores, probabile est, si quid amplius petatur loco, aut caussa, damnum per injustam petitionem illatum triplari; non enim potest alias intelligi, quod Tribonianus scribit *d.* §. 33., si *quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum*, actorem *triplo* damnari. Mutila est igitur Justiniani Constitutio in *d.* L. 2. (ll) Qui minus petit sine periculo agit; Judicisque partes erunt, adversarium in reliquum condemnare: quod eadem Zenonis Lege comprehensum est, §. 34. *h. t.*, ac *d.* L. 1. Ita supplet Judex, quae facti sunt: nec supplere solum potest, sed prorsus debet, *d.* L. 1. in fine. Antea ne poterat quidem, ne magis patrocinari videretur, quam judicare. Gell. *Noct. XIV.*, 2. De reliqua igitur summa aliud a Praetore judicium postulabatur. Quae juris sunt, ea Judicem cogi supplere, multo antiquius Zenone jus est, *L. un. C. ut quae desunt advoc.* Qui aliud pro alio petit, ei *permittitur*, cognita veri-

tate

(kk) *Quid est, cur Theophilus Campanum vinum pessimum putet? Graeculus ille in Aula occupatus non bene novit Campaniam, quam nominatim a bonitate vini laudant Florus Hist.* I, 16., *& Plinius III*, 5. *Sed ejus rei admonere illum poterant ipsi Jurisconsulti in L. stipulationum* 74. §. 1., *& L.* 75. §. 2. *de V. O. V. Coler. Parerg. c.* 24. *& Usillum in* §. 33. *h. t.*

(ll) *De plus petitionibus apud Graecos v. Pollucem VIII*, 1., *& Suidam in* διαμαρτυρία, *Plus petitiones Graeci* παραγραφάς *dixere*.

tate, *in eodem judicio errorem corrigere*, §. 35. *h. t.* Errorem corrigere est actionem jam editam vel *emendare* non mutato genere actionis, ut si qui Stichum petere deberet, Erotem petierit: vel *mutare*, ut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur, L. 3. C. *de edend.*, ac *d.* §. 35. Utrumque ante Justinianum licebat: prius *donec judicium agitabatur*, uti Paulus inquit in L. *in delictis* 4. §. 3. *de nox.*, h. e. ante sententiam; posterius non dum contestata lite licebat ipso jure ex Edicto de edendo, lite jam contestata non aliter, quam ita decernente aequitate jus reddentis, *d.* L. 3. Senec. *Ep.* 117. Primus Justinianus posterius hoc contestata etiam lite jure ipso fieri permisit. Justinianeam Constitutionem posterior Codex non habet: fortasse nec prior habuit. Verisimile est, eam primum conditam, quum §. hic 35. scriptus est: maxime si pro *permittitur*, ut vulgo legitur in *d.* §., cum Cujacio, Jano a Costa, aliisque legatur *permittimus*. Quid est autem Tribonianeum illud, *in eodem judicio*? Discrepat inter Interpretes. V. Bachov. *De act.* I, 44. Ego iis subscribo, qui τὸ *in eodem judicio* exponunt *apud eundem Judicem*: quam interpretationem exornat egregie praeter caeteros Huber in *h. tit. n.* 35. Olim si post contestatam litem mutari actionem oporteret, adeundus erat Magistratus, qui novum judicium daret: nunc non adito Magistratu apud eundem Judicem mutatur. Novum jus repetit Huber inde usque a temporibus Diocletiani, & Max., quorum Constitutione in L. 2. C. *de pedan. jud.* Magistratus ipsi judicare jussi sunt, abolito dandorum Judicum more. Ego hoc uno dissentio ab Hubero; nam vel post eam Constitutionem dari Judices potuere, si Magistratus *vel publicis occupationibus, vel caussarum multitudine* judicare impedirentur, *d.* L.2.: quibus casibus novum dari a Magistratu judicium necesse erat pro veteri jure. Igitur novi juris auctor Justinianus *h.* §. Sed novas reo inducias dari, novam fieri contestationem litis, impensumque reo refundi, est aequum.

TITULUS VII.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur (a).

PR. Tit. usque ad §. V. Ex contractu filiorumfam., servorumve patres, dominive non tenentur *ipso jure*, §. 10. *sup. de act.* Ipsum jus est jus Civile, quod subtile est, *L.* 15. §. 1. *C. de leg. her.* Ei Praetorium opponitur, quod bonum & aequum, *d.* §. 10., L. 1. *D. h. t.*, ac *d. L.* 15. §. 1. Aliquem ex contractu alterius obligari, subtile jus non patitur; sed Praetor tamen ob negotium cum filiisfam., servisve gestum agi adversus patres, dominosve permittit ex bono & aequo, *d.*

L. 1.

(a) *Quid est, cur malint nonnulli*, Quod cum eo contractum est, qui in aliena potestate est? *Vulgatam lectionem tuentur Titulus V. Libri XIV. Pandectarum, atque Edicti verba in L. 1. §. 2. de pecul.*

L. 1. Ita actiones id genus sola nituntur aequitate Praetoris, qui dominorum, patrumve familias voluntate, aut utilitate movetur. Voluntas aut generalis, aut specialis. Generalis spectatur in actionibus *exercitoria*, *institoria*, *de peculio*, *tributoria*: specialis in *quod jussu* actione. Exercitoriae ab exercitore navis, institoriae ab institore factum est nomen, §. 2. *h. t.* Exercitor navis est, qui navim exercet, & ad quem sive dominum, sive conductorem navis *per aversionem* (*b*) obventiones & reditus omnes perveniunt, L. 1. §. 15. *de exerc. act.* Institor est, qui cuilibet negotiationi praepositus est, *L. institor* 3., & *L. cuicumque de inst. act.*, *quod mercaturam instet*, uti Novius loquitur apud Non. Marcel. *v. mercatus cap. De indiscretis generibus*. V. Menag. *Amoenit. jur. c.* 39. Exercitori subest magister navis, puta is, cui totius navis cura mandatur, *d.* L. 1. §. 1., estque is quasi institor exercitoris. Eum πιστικὸν vocat Harmenopulus II, 11. Patet autem, eum, qui navi, & cuivis alii negotiationi filiumfam., servumve suum praeponit, ita velle, ut qui contrahunt cum filio, servove, intelligant, se cum alterutro perinde contrahere, quasi cum patrefam., dominove ipso contraherent. Merito igitur, si quid cum magistro navis, aut institore gestum sit ejus rei nomine, in quam alteruter praepositus est, judicium in patremfam., vel dominum datur, *d.* §. 2., *d. L.* 1. §. 7. & 8. *de exerc.*, & *d. L.* 5. §. 11. *de inst. act.* Vides, exercitoriam actionem ad mercaturam maritimam spectare, institoriam ad terrestrem. Mercatura servis imperata, civibus interdicta Romuli Lege apud Halic. *II*, *p.* 98., procedente tempore civibus permissa. Et ex civibus quidem de urbana plebe constabant duo illa mercatorum Collegia, Mercuriale & Capitolinum, de quibus Sigon. *De ant. jur. civ. II*, 10.: quandoque etiam Equites in ea adlectos, testis est Cicero *Ep. ad Q. Fr. II*, 5. (*c*) Verum non desiit genus illud vitae illiberale videri: proinde humiliores ut plurimum aut per se ipsi, aut per filiosfam. (*d*), honestiores plerumque per servos quum suos, tum alienos, interdum per libertos, liberosve homines mercede conductos mercaturam fecere: unde illud exercitoriae, atque institoriae actionis proprium, ut necesse non sit cum hominibus in potestate positis contractum fuisse, *d.* *L.* 1. §. 4. *de exerc.*, *L. sed & quis* 7. §. 1. *de inst. act.*, & *d.* §. 2. *h. t.*, ubi eandem aequitatis rationem intervenire, inquit Trib., etsi liberum quis hominem, servumve alienum praeponat; nam praeponendo velle intelligitur factum ejus praestare. Cave tamen putes, nihil referre, servus an liber sit magister, institorve. Si sit servus, quod nec ex contractu civiliter obligetur, *L. servi* 14. *de O. & A.*, nec possit in judicio interesse, *L.* 6. *C. de judic.*, omnino debet cum domino agi. Si vero liber sit, electio actori est, utrum eum, qui praeposuit, an eum, qui praepositus est, convenire velit: ac si cum utro actum sit, agi cum altero

(b) *De hac formula v. dicta in* §. 3. *de emt. & vend. Lib. III.*

(c) *In hunc Tullii locum v. Manut.*

(d) *De C. Terentio Varrone lanii filio, ac paternae mercis institore, tum Praetore, ac demum Consule v. Liv. XXII*, 16.

tero non potest, *d. L. 1. §. 17. & 24. de exerc. act.* Sed fori usus contra liberos homines navium magistros, institoresve denegat actionem ob male acceptum Scaevolae locum in *L. ult. de inst. act.* V. Vinn. in §. 2. *h. t.* Ad exercitoriam, atque institoriam proxime accedit actio de peculio. Peculium est, *quod pater vel dominus filium suum, vel servum pro suo jure tractare patitur*. Isid. *Orig.* IV, 25. Pro suo jure tractat, qui libere, & quasi dominus administrat: unde *libera peculii administratio servo, filiove fam. concessa* in *L. libera* 48. *de pecul.*, & in *L. filiusfam.* 7. *de donat.* Filiisfam. peculium, quod profectitium appellatur, (nam castrense, quasi castrense, atque adventitium huc non pertinent) prorsus est patris: nec quidquam est apud servum, quod domini non sit: sed patres ac domini ex liliorumfam. servorumque operis lucrum facturi facile patiebantur, filios, quod paternae pecuniae acciperent, servosque, quod *officio mererent a quolibet sibi donari*, uti Florentinus inquit, in *L. peculium* 39. *de pec.*, maxime vero quod *parsimonia sua pararent*, ut Florentinus ibid., seu quod *vix de demenso* (e) *suo suum defraudantes genium compararent*, uti belle Terentius *Phorm. I*, 1. *v.* 9., tanquam dominos administrare: libentissime autem filiisfam., servique operas edebant suas multam sibi gratiam demerituras (f). Quod patres, dominive filiisfam. servisve habere peculium permittunt, hoc ipso intelliguntur, quidquid illi ex ea caussa gesserint, probare, L. 1. §. 5. *de adq. poss.* Haec generalis patrum, dominorumve voluntas est, qua illi uno tempore in omnes filiorumfam. servorumve contractus consentiunt in antecessum. Nulla intervenit voluntas specialis, qua singulos illi contractus scientes adprobent: neque speciali voluntate est opus: quo sensu a Triboniano scriptum §. 4. *h. t.*, debere dominum praestare gestum a servo ex peculiari caussa, quamvis *sine voluntate domini* gestum sit. Quod autem certus est peculii modus, non videtur pater, dominusve filii, servive contractus probare ultra eum modum: proinde gestum a filio, servove praestare eatenus debet, quatenus peculium patitur, *d.* §. 4. Sed in ineunda peculii ratione deducendum est, quod servus domino, aut conservo debet, *d.* §. 4. quia *praevenisse dominus, & cum servo suo egisse creditur*; L. *sed si damnum* 9. §. 2., *de pecul.* idemque de peculio filiisfam. intelligendum est. Quod vero ordinarius servus servo *vicario* (g), seu peculiari debet, id non minuit peculium, quia licet vicarius in ejusdem domini potestate sit, tamen ejus peculium in peculio ordinarii est,

(e) Demensum erant *modii quinque, totidemque denarii menstrui, verbo uno menstruum dicti*. *Senec. Ep.* 81. *Servis publicis annua ut plurimum stipendia constituebantur*. *Plin. Ep.* X, 40.

(f) *De mulieris peculio in domo mariti v. Ulp. in L. ego si* 9. §. 3. *de jur. dot.*

(g) *Vicarius proprie est, qui ordinarii vice fungitur: unde servus publicus ab ordine manumittendus dare* vicarium *dicitur in L.* 1. *C. de serv. Reip. Hoc loco est, qui alibi dicitur* peculiaris. *V. Brisson. v.* peculiare, *& v.* vicarius.

d. §. 4., & *L. si servus* 17. *eod.* E contrario debitum a domino peculium auget, *d. L.* 17. Ista sunt naturalia tantum debita (civiliter enim nec servus domino, nec servo dominus debere quidquam potest) & aliquem jure civili effectum habent. Sequitur actio *tributoria* in eum, qui filiumfam., servumve in certa merce peculiari sciens passus est negotiari: tum vero mercem, pecuniamve ex merce redactam, debitamve dolo malo non tribuit inter creditores pro rata ejus, quod cuique debetur, ut quanto minus tributum sit, quam debuerit, praestet, §. 3. *h. t.*, ac *tot. tit. D. de tribut. act.* Quae patrisfam., dominive voluntas actioni de peculio, eadem tributoriae actioni caussam dedit. Et quamvis haec certam mercem peculiarem, illa universum peculium spectet, nihilominus utraque generalis est, quod utraque filio servove quoscumque contractus permittat. Sed quo tributoria actio competat, scire patrem dominumve necesse est, filium servumve in ea merce negotiari: idque saltem non nolle, *L.* 1. §. 3. *eod.*: quali scientia ad actionem de peculio nihil est opus. Scientia isthaec facit, ut pater dominusve privilegium deductionis non habeat, sed cum aliis velut extraneus creditor in tributum vocetur, *d. L.* 1. *pr.* Veniunt autem in tributum solae merces, in quibus sciente patre aut domino negotiatus est filius aut servus: & quidquid ex iis mercibus est, puta pretium earum, *L. procuratoris* 5. §. 11. & 12. *eod.* Merces, merciumve pretium pater ipse, vel dominus tribuit in partes ex Edicto Praetoris, *d.* §. 3., *d. L.* 5. §. 7.: neque alias tributoria tenetur, quam si pro rata ejus, quod singulis creditoribus debetur, non tribuat dolo malo, *L. illud* 7. §. 2.: unde actionem istam belle Cujacius *doli correctoriam* appellat. Non est ea tamen de dolo, sed rei persequutoria, quamvis non aliter quam dolo interveniente competat, *L. quia* 8.: proinde nec famosa est, ut actio de dolo, *tot. tit. D. de his, qui not. inf.*, nec temporalis, ut illa, *L. ult. C. de dol.*, sed perpetua, *d. L.* 7. §. 5. Hoc ab aliis creditoribus differt pater, aut dominus, quod nihil referat, num horum alterutri ejus mercis nomine, in qua facta cum filio servove negotiatio est, an ex alia caussa debeatur, & num ante mercem, an postea caeperit deberi: illos vero esse oporteat creditores mercis, *d. L.* 5. §. 6. & 7. Venio ad specialem patrisfam. dominive voluntatem, quae *quod jussu* actionem induxit. Inditum actioni nomen ab initialibus Edicti verbis, recte monet Brissonius *De form. V*, 28., ubi multa de solenni usu voculae *quod* in formulis actionum. Ea *de jussu* actio appellatur in *L. ult. D. quod jussu*. Datur in patremfam., dominumve ob negotium alterutrius jussu cum filiofam., servove contractum, §. 1. *h. t.*, ac *tot. tit. D. quod jussu*. Jubere dicitur pater, vel dominus non solum si contrahere filium servumve jubeat, sed & si filii, servive chirographo subscribat, ratumve habeat, quod gesserit filius, aut servus, *L.* 1. §. 1. 4. & 6. *eod.* Ita jubere hoc loco est consentire; ut & in *pr. tit. Inst. de nupt. Lib. I.* Quid si mandavit dominus? Num hac actione cum eo agitur, an potius mandati? Videntur contraria scripsisse Ulpianus *d. L.* 1. §. 3., ac Valerianus & Gallienus in *L.* 8. *C. mand.* V.

J. a

J. a Costa in *h.* §., Bachov. *De act. VIII*, 12., & nostr. *jur. Obs. IV*, 19. Reliqua est actio *de in rem verso*, quam spectata non tam voluntate, quam utilitate patris aut domini accomodavit Praetor. Ea competit, si quid filiusfam. servusve ab eo, cum quo contraxit, acceptum in rem patris vel domini necessario vel utiliter impendit, *d.* §. 4., ac *tot. tit. D. de in rem vers.* Necessarias tantum impensas meminit Tribonianus: sed debebat is etiam utiles meminisse, L. *si res* 5. §. 2. *eod.* Solae voluptuariae non faciunt actioni locum, *L. quod si* 3. §. 4. *eod.* Et regulariter totiens de in rem verso actio est, quotiens procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, *d.* L. 3. §. 2. Quid est autem illud, quod habet Tribonianus, *unam esse actionem*, qua de peculio, deque in rem verso agitur, duas tamen habere condemnationes? De hoc loco magna inter interpretes dissensio est. V. Hot., Cujacius, Bachov., Vinn., Otton. in *h.* §., & Huber. in *Eunom. Rom.* ad *tit. de in rem vers.* Id propius fidem est, *actionem* esse formulam, uti formula saepe est actio: subaudiendumque apud Tribonianum *aliquando*, *interdum*, aut aliud simile. Insolens quidem est ea *actionis* significatio, sed ecce tibi pulcrum ejus exemplum. In *L.* 2. §. 6. *de O. J. actiones certae solennesque ex Legibus* (XII. Tab.) *compositae* prorsus sunt formulae actionum. V. a nobis dicta in *Hist. jur. p.* 11., & *h. Lib. IV. p.* 217. De peculio, ac de in rem verso actiones sunt plane diversae inter se. Eae diversis Pandectarum Capitibus proponuntur. Actio de peculio, quandiu in potestate est filius vel servus, perpetua est: postquam de potestate exiit, annalis: at de in rem verso actio perpetua est utroque casu, *L.* 1. §. 1. *quand. de pec. act.*, *L.* 1. §. 1. *de in rem vers.* Porro intenti singulatim possunt. Et de peculio quidem seorsim agimus, sive nihil in rem patris, dominive sit versum, sive aliquid versum sit, namque hoc tanquam a patre dominove debitum peculio accedit, *d. L.* 1. §. 2. *D. eod.* Agimus item sola de in rem verso actione, non solum si adempto non dolo malo per patrem dominumve peculio, exactove anno actio de peculio cesset, *d. L.* 1. §. 1., sed & si huic adhuc sit locus, *d. L.* 1. *pr.*, & §. 5. *h. t.* Verum aliquando ambae una formula comprehenduntur, habentque tum condemnationes duas, alteram de in rem verso, alteram de peculio: sed ante dispicere Judex solet, num in rem sit versum: nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam aut nihil versum intelligatur, aut non totum, *d.* §. 4. Ideo autem nos diserte monitos voluit Tribonianus de istarum actionum concursu, ut & illud tacitus moneret, de aliis, quae sunt hoc tit. propositae, secus esse. At enim ipse idem Tribonianus scribit §. 5., dubium non esse, quin is, qui jussu domini contraxit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio, ac de in rem verso agere possit. Ita vero, sed non unius generis est concursus plurium actionum. Concurrere actiones dicuntur, aut quum possunt simul coire in unam formulam, aut quum potest alia post aliam intendi, aut quum electio actoris est, hac an illa actione experiatur, ita tamen ut una electa nullus sit ex eadem caussa ad aliam re-

gres-

gressus. De peculio, ac de in rem verso actiones primo illo modo concurrunt: concurrunt etiam tertio modo, si altera seorsim ab altera inferatur, *d. §. 5.*, ac *L. quod in herede 9. §. 1. de trib. act.* At reliquae hujus Tituli actiones tertio tantum modo concurrunt. Hinc Tribonianus *stultissimum*, h. e. juris imperitissimum (h) vocat, qui uberiore, atque expeditiore actione omissa minus uberem, minusque expeditam eligit. Et vero uberiores expeditioresque sunt actiones quod jussu, institoria, & exercitoria, quam de peculio, ac de in rem verso; nam qui his agit, non alias solidum consequetur, quam si probaverit, solidum in rem patris, dominive fuisse versum, tantumque in peculio esse, quantum debetur: quarum rerum probationes plurimum habent difficultatis; quis enim interiora alienae domus facile novit? Contra qui illis agit, solidum consequetur, ut primum probaverit, jussum intervenisse, praepositumque negotio, aut navi filium, servumve: quorum prompta probatio est. Ita interdum magis expedit tributoria agere, quam de peculio, interdum hac actione potius, quam illa; namque in actione de peculio habent pater ac dominus privilegium de ductionis, quod in tributoria cessat ex diverso in tributoria certae tantum mercis, in actione de peculio totius peculii ratio habetur, *d. §. 5.*

§. VI. juncto Pr. h. t. & §. VII. Vides, quae de dominis ac servis, *eadem* dici de parentibus ac liberis in potestate parentum constitutis, §. *6. h. t.* Sed *τὸ eadem* intellige, quasi scriptum, *fere eadem*, ut in *pr. h. t.* scriptum est. Τὸ *fere* pertinet ad S. C. Macedonianum, de quo in §. 7. Qui liberis in potestate parentum constitutis pecuniam *crediderit*, h. e. dederit mutuam, *denegatur* ei *actio* eo S. C. tam adversus liberos ipsos, sive adhuc sint in potestate, sive post acceptam mutuo pecuniam esse coeperint suae potestatis, quam adversus parentes, *d. §. 7.* Et soli denegatur actio, qui mutuam pecuniam dat, non qui alias contrahit, si non fraus Senatusconsulto fiat, *L. si quis 3. §. 3. ad S.C. Maced.* Quod Tribonianus ait de non danda creditori actione; est id ex ipsis verbis Senatusconsulti, quae prostant apud Ulp. in *L. 1. pr. eod.* Ut quid vero adversus creditorem Macedoniani exceptio data multis in locis ejusdem Tituli? Exceptio quum sit exclusio actionis, non alias datur, quam si actio competat. Num denegatur actio, si commissum fuisse in S. C., appareat: datur autem exceptio, si de ea re ambigatur? Ita Vinnius. Sed obstat Ulp. *d. L. 1, §. 1.*, ubi in ambiguo denegat actionem. Num exceptio Macedoniani ex iis est, quae oppositae, quum postulantur actiones, impediunt, ne dentur: non item ex iis, quae actiones jam datas submovent, solumque impediunt effectum actionum? Ita J. a Costa, qui posterius hoc exceptionum genus in *tit. D. de exceptionibus*: prius illud in *tit. quarum rerum actio non datur* explicari ait. Et id quidem simile est veri. Fortasse videri cuipiam verosimilius potest, quod putat Joh. Borcholten, recte dici, *denegari*, aut *non dari* actiones, quae ipso jure, com-

(h) *Hoc sensu* stultos *accipe in L. 9. §. ult. de jur. & fact. ign.*, & stultitiam *in L. 51. pr. de evict. V. Brisson. v.* stultus.

competunt, sed exceptione eliduntur. Ego vero, quod nullum suppetit ejus significationis exemplum, subsisto. De filiosam. loquitur S. C. Cessabit igitur in peculio castrensi vel quasi, quum filiusfam. in utroque vice patrisfam. fungatur, *L.* 1. §. *ult.*, & *L.* 2. *eod.* Senatusconsulti caussa duplex, odium foeneratorum, qui *incertis nominibus*, uti Ulpianus loquitur *d. L.* 1. *pr.*, h. e. occulto foenore ac supra civilem modum (*i*) pecuniam filiisfam. credebant in mortem parentum, (Ulp. in *L. sed si* 9. §. 4. *eod.*, Suet. in *Vespas. c.* 4., Tacit. *Annal. XI*, 13.) & favor parentum, quorum vitae filiisfam. aere alieno onerati saepe insidiabantur, *d.* §. 7.: cujus rei consectaria duo sunt, alterum, filiosfam. inutiliter abrenunciare Macedoniano: alterum, si credita pecunia in rem patris sit versa, aut si mutuum scierit, ratumve habuerit pater, Senatusconsultum cessare, *d. L.* 7. §. 12., *L. si tantum* 12., & *L. si filiusfam.* 16. *D. eod.* Quod vero sine usuris credita pecunia est, id non facit, ne locus sit Senatusconsulto, *d. L.* 7. §. 9. Senatusconsulti auctorem Tacitus facit Claudium, Suetonius Vespasianum. Res ita se habuit. Senatusconsultum sub Claudio factum Neronianis temporibus obsoletum restituit Vespasianus, alterius Senatusconsulti auctor. Conjecturam confirmat Horatii Scholiastes in *Sat. I.* 2., ubi hoc idem agens non unum, sed plura meminit Senatusconsulta. In locum Terentii *Phorm. I*, 5. *v.* 27. v. nostr. *jur. Obs. IV*, 15. Illud proprium est hujus Senatusconsulti, quod non ab Imperatore, aut Consule, sed a Macedone quodam acceperit nomen, *d. L.* 1. *pr.* Num autem Macedo ille filiusfam. fuerit, ut putat Theophilus, an egregie improbus foenerator, quod malunt plerique, non quaeram. Res non defunctoriae operae est, sed vix digna, cui multum operae impendatur. V. Menag. *Amoenit. c.* 39., & Heinec. *Antiq. in h. t. sec. ed. num.* 8.

§. VIII. Novissime sciendum est, sex istas actiones non esse actionum species ab aliis separatas, sed aliarum actionum accessiones: unde *mandati*, ac *depositi actio de peculio* in L. 3. §. 7., & L. 5. *pr. de pec.* Et possunt unius actionis plures esse accessiones. Finge servum peculiatum negotiationi praepositum venditae rei pretium in utilitatem domini vertisse. Hoc casu contractus unus est, puta venditio: competitque ex eo actio una, puta ex emto: sed habet ea tamen adjectiones tres: sicque est actio ex emto de peculio, institoria, ac de in rem verso. Meram ex emto actionem in dominum dari, qui non contraxit, Civile jus, quod subtile est, non patiebatur. Verum Praetor, qui jus aequum sequitur, ex emto actionem emtori accommodat adversus dominum addito civili formulae *de peculio*, vel *de in rem verso &c.* Atque ita olim jus erat: tum obtinuit, ut patri dominove *directo* etiam *condici* posset, tanquam si principaliter cum alterutro contractum esset, §. 8. *h. t.*, *L. si institorem* 29. *de reb. cred.*, & *L. ult.* D. *pro soc.* Directo condicere est

(i) *V. Merill. Obs. III*, 38. *Aliter accipiunt* incerta illa nomina *Cujacius in tit. D. & C. de S. C. Maced.*, & Ger. Noodt. *De foen. & usur. II*, 13.

est actione civili agere sine accessionibus Praetoriis. Omnes actiones civiles Praetoriis oppositas dici directas, praemonui in *pr. tit. de act.* Ita Praetoriae illae accessiones, quae initio deficientibus directis actionibus necessariae erant, postquam novo jure Civili competere etiam directae coeperunt, supervacaneae factae sunt. Novum istud jus omnino esse ex interpretatione Jurisconsultorum, quae post aliquam disputationem tandem invaluit, indicium mihi facit Tribonianeum illud in *d.* §. 8., *Directo posse condici*, *PLACET*. Confer dicta *Lib. III. p.* 8.

TITULUS VIII.

De noxalibus actionibus.

PR. Tit. §. I. II. & III. Uti ex contractibus, ita ex maleficiis servorum actiones in dominos dantur, quae dicuntur *noxales*. Vox *noxalis* una & perpetua est actionum ex maleficiis appendix: quum ex diverso actionum ex contractibus adjectiones multae, ac variae sint, ut modo dictum. Hinc *noxalis Aquiliae actio* in *L. si in re* 19. *de noxal.*, & *furti noxalis* in *L. si servus* 22. *commod.*, & *noxalis vi bonorum raptorum actio* in *L.* 2. §. 19. *vi bon. rapt.* Noxalium nomen factum a *noxa*, seu *noxia*. Noxam esse inquit Trib. §. 1. *h. t.* corpus, quod nocuit, h. e. servum maleficii auctorem: noxiam vero maleficium ipsum. De significatione noxiae convenit inter omnes: at propositam *noxae* significationem a Triboniano *animali linguae Latinae imperitissimo* primum confictam, scripsit Hotomanus, noxam esse ratus omnino idem, quod noxia: proindeque *noxae dedere* Latinis praecise dici subaudito *nomine*. Verum non pauci Latine doctissimi Triboniani caussam egerunt. V. Duker *De Latinit. Jurisc. p.* 15. & *seqq.* *Noxa* verbum est πολύσημον. Proprie est damnum: saepe etiam delictum: non raro poena: interdum nocens ipse, quemadmodum *scelus* ipse sceleftus Terentio est *Andr. III.* 5. *v.* 1. Postremo hoc sensu *noxam dare* dixit Ulp. in *L. si alius* 7. §. *quod vi, aut clam*. Non ex omnibus servorum delictis noxales dantur. Ea esse privata est opus, ex eisque agi ad solam pecuniae persequutionem. Ex quibus delictis ad poenam agitur corpore luendam, ex iis noxales nullae, quum istiusmodi poenam servo aeque ac libero imminere, naturae jus sit, *L. hos accusare* 12. §. 4. *de accus.* V. J. a Costa in *h. t.* Quamquam vero durum videatur, noxios servos dominis innoxiis damnosos esse, tamen publice interesse creditum Romae (*a*) est, objecto ejus damni metu dominorum diligentiam exacuere, quo ita servi in officio continerentur. Ergo illud Gaji in *L.* 175. *de R. J.*, *Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest*, locum habet in contractibus, non iisdem in delictis. De quasi maleficiis servorum v. Harpprecht. in *pr. h. t.* Vinn'

(a) *De jure naturae super hac re non liquet. V. Grot. De J. B. & P. II*, 17. 21., *Pufendorf. De J. N. & G. III*, 1. 6., *in eosque Barbeyrac. His adde Otton. in Pufendorf. De O. H. & C. I*, 5. 11.

t. Vim noxalium hanc esse, Ulpianus ait *L. 1. pr. de nox.*, ut si damnati fuerint domini, liceat his deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis aestimationem. Optio dominis datur, *pr. h. t.*; quandoque enim aestimatio litis pretio servorum est major: iniquum est autem, nequitiam servorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse, §. 2. *h. t.*: nec ferendum, ut in servorum potestate sit delictis suis dominos perducere ad egestatem. Optionem istam formula quum actionis, tum sententiae comprehendi *debere*, inquit Trib. §. 1. infr. *de off. jud.*; sed verbo *debendi* magis quod moris, quam quod necessitatis est, significari, monemur illo Ulpiani loco in *L. miles 6. §. 1. de re jud.*, *Decem, aut noxae dedere condemnatus judicati in decem tenetur, facultatem enim noxae dedendi ex Lege accipit . . . & ideo judicati decem agitur, his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae e Lege tribuitur*. Igitur id unum necessarium est, ut cum domino agatur in aestimationem litis, in eamque dominus condemnetur: tum pecuniariam condemnationem sequitur noxae deditio, quam domini condemnati arbitrio Lex totam permittit. Interest autem, num sciente, an insciente domino servus noxiam commiserit; nam si sciente, dominum obligat in solidum: si insciente, noxalis est, *L. si servus 2. pr. de nox.* Deditionis effectus sunt domini condemnati liberatio, ac servi transitus in dominium (*b*) ejus, cui deditus est, §. 3. *h. t.* Quod si servus tantum pecuniae novo domino adquisierit, quantum dederat damni, invito domino manumittetur auxilio Praetoris, *d. §. 3.*: quod singulare quidem, sed aequissimum jus est; nam prior dominus dedendo animum domini deposuit: posteriori vero jam sarta per servum noxia est: quod is unum petebat. V. Cujac. *Obs. XIII.*, 9., & *XXI.* 8.

§. IV. V. & VI. Noxae deditio est ex Lege XII. Tab., ubi scriptum, *Noxae dedito*, auctor est Sex. Pompejus in *Noxae*: exinde fuit quum aliis Legibus, tum Edictis Praetorum comprobata. Hinc illa noxalium partitio in legitimas, ac Praetorias, §. 4. *h. t.*, ubi legitimarum exempla haec afferuntur, *veluti furti ex Lege XII. Tab.*, *damni injuriae ex L. Aquilia*: Praetoriarum haec, *veluti injuriarum*, *& vi bonorum raptorum*. Accursius, & Cujacius de furti nec manifesti actione hic agi ajunt, quod furti manifesti actio *ex ipsius Praetoris jurisdictione proficisci* dicitur in *pr. tit. de perp. & temp. act.* infr. Sed nae illi omnino errant. In L. XII. Tab. de manifesto etiam furto cautum: ac sola quadrupli poena e jurisdictione Praetoris profecta est, ut dictum in §. 5. *de obl. quae ex delict.*: poenae autem mutatio non mutat actionis originem, quae una spectatur hoc loco. V. Ferand. Adduens. *Explic.* II, 35. Noxalis actio servum sequitur, *L. qui ex pluribus 20. de nox.*: atque hoc est, quod dicitur in *L. ult. eod.*, *noxam sequi caput*. Igitur si servus tuus mihi noxiam commisit, quamdiu in tua potestate est, tecum est

 actio

(*b*) *Dominium istud ante Constitutionem Justiniani in L. un. C. de nud. juris Quirit. toll. bonitarium erat: unde in bonis esse dicitur servus in L. 2. §. 1. si ex nox. caus.*, & in bonis fieri *in L. 26. §. 6. de nox.*

actio : ubi pertinere ad alterum coepit, cum eo incipit actio esse, *d.* §. 5. Nunc intelligis, quam merito edixerint Ædiles, si quis servus noxa non solutus veneat, id a venditore palam recte pronunciandum, *L.* 1. §. 1. *de Ædilit. Edict.* Interdum fit, ut initio noxalis incipiat directa esse, & initio directa esse incipiat noxalis; nam si servus post commissam noxiam manumittatur, incipit ipse directo teneri : si quis vero liber post delictum servus fiat, judicium incipit noxale esse, *d.* §. 5., & *L.* 4. *C. an serv. pro suo fact.* Quid si servus domino suo noxiam commisit? Potestas facit, ne ulla nascatur actio, §. 6., & *L.* 1. *C. h. t.*; neque aliud domino est reliquum, quam nocentem *domi convenire*, uti perbelle Diocletianus, & Max. in *L. ult. C. an serv. &c.* i. e. servum verberibus castigare. Quod nulla nascitur actio, consequitur, servo sive alienato, sive manumisso, nullum aut noxale cum novo domino, aut directum cum ipso manumisso judicium esse : quemadmodum, si quid dominus in servum commisit, nulla cum domino actio est, quamvis alienatus, manumissusve sit servus *d.* §. 6. Quandoque actio jam nata competere definit ex postfacto, ut si alienus servus, qui mihi furtum fecerat, nondum deducta in judicium furti actione coeperit esse meus, *L. si alienus* 37. *h. t.*, quia res venit ad eum casum, in quo consistere non potest, *d.* §. 6.

§. VII. Olim filios quoque fam. utriusque sexus noxae dedi jus erat : quippe quos in Quiritario dominio parentes habebant. Ejus juris vestigia extant in *L. quod & lex* 3. §. 4. *de lib. hom. exh.*, & *L. si quis* 5. §. 5. *de O. & A.* Sed dediti serviebant quidem, ut addidi, non erant servi : proinde manumissi non fiebant libertini. Quintil. *Inst. Orat.* *V*, 10., Cujac *Obs. XIII*, 9. Eos itidem, si quaesita unde pecunia satisfacerent judicato, manumitti, ut servos noxae deditos, cogebat Praetor. Papinian. apud *Auctor. Collat. LL. Mosaic. II*, 3., in quem locum v. Pithoeum. Non servi solum, sed & qui serviunt, manumittuntur. Cujac. l. c. Tandem *nova hominum conversatio*, uti loquitur Trib. §. 7. *h. t.*, i. e. posteriorum temporum usus deditionem sustulit liberorum hominum, cum quibus, si deliquissent, directo agi antiquum etiam jus patiebatur. Novo juri quum paternae pietatis ratio, tum pudicitiae periculum in filiabus caussam dedere, *d.* §. 7.

TITULUS IX.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.

NOxalis est etiam actio *de pauperie*. Bruta *nocere nobis possunt*, inquit Seneca *De ira II*, 26., *ut ferrum aut lapis* : *injuriam facere non possunt, quia nulla est injuria, nisi a consilio profecta*. Proprie faciunt *pauperiem* : quae vox Decemviris, ac Praetori est *damnum sine injuria facientis datum*, *L.* 1. §. 3. *si quadrup. paup.* Ex pauperie per quadrupedem facta noxalis in dominum actio datur, ut quod Lex XII. Tab. ca-

caverat, vel noxae dedat, h. e. animal tradat vivum, vel noxiae aestimationem offerat, *d. L. 1. pr.* & §. 14. *(a)*. Quae est autem ratio, cur esse debeant bruta dominis suis nihil conſciis damnoſa? *Quia ita Lex XII. Tab. ſcripta eſt*, inquit *pr. h. t.* Tribonianus. Jurisconsulti, ubi jus controverſum tractant, in rationes juris diligenter inquirunt; eaſque petunt ut plurimum a natura: ubi vero jus certum tradunt, ſatis habent Legem ipſam pro ratione laudare. V. *L. proſpexit* 12. §. 1. *qui & a quib. man.* Fortaſſe Decemviris viſum eſt aequius, dominos, qui ex uſu quadrupedum facere lucrum ſolent, ex earum facto damnum capere, quam alios, qui nulla lucri ſpe damnum ſenſere. De quadrupede ſcripta Lex eſt: unde *quadrupedaria* actio in Baſilicis LX, 2. Si bipes pauperiem fecerit, (v. exemplum gallinae apud *Plut. De cohib. irac.*) utilis actio datur, *L. haec actio* 4. *h. t.* Jam quo competat actio, quadrupedem, bipedemve *contra naturam* moveri, ſicque damnum dare, neceſſe eſt, *d. L.* 1. §. 7., veluti ſi *laſcivia*, (est haec, quam in hominibus petulantiam, atque inſolentiam dicimus) aut *fervore* (*b*) (eſt hic in venerem impetus) aut *feritate*, ſubaudi, non naturali, pauperiem fecit, *d. pr.* Contra naturam moveri eſt contra naturalem manſuetudinem omnium ejus generis animalium facere. Igitur ſi equus permulcentem, palpantemve calce percuſſerit, erit actioni locus: ſed ſi dolore concitatus ob acceptum ictum vulnuſve calce petierit, aut ſi pauperiem dederit beſtia, cujus *genitalis* (*c*), uti Tribonianus loquitur, i. e. nativa feritas eſt, ceſſabit actio, *d. pr.* ac *d. L.* 1. §. 7. & 10. De feris beſtiis nihil a Decemviris cautum, forte quia veterum Romanorum frugalitas ferum illud animantium brutorum genus ad ſpectacula potius factum, quam ad uſum vitae habere non patiebatur. Sed creſcente in dies Romanorum luxuriae ferae beſtiae ludorum cauſſa, vel ad ſpeciem frequentes Romam advectae. Juven. *Sat. VII*, *v.* 76. Lactant. *Div. Inſt. VI*, 12. Hinc ſapienter Ædiles utpote viarum curatores edixerunt, ne quis canem, verrem, aprum, urſum, leonem, aliudve, quod noceret, animal, ſive ſolutum, ſive non ſic adligatum, ut non poſſet nocere, ibi haberet, qua vulgo iter fieret: ac ſi adverſus ea factum eſſet, & homo liber ex ea re periiſſet, ſolidis CC: ſi nocitum homini libero eſſet, quod bonum & aequum judici videretur, tanti dominus condemnaretur: ceterarum rerum

X 2

(a) *Ex Moſaica Lege de bove petulco, quae eſt Exod. XXI. v. 28., profectam putant nonnulli Solonis Legem de cane in noxam dedendo, quae eſt apud Plut. in ejus Vita c. 40.; atque ex hac demum Legem XII. Tab. Lex Peſulania de cane apud Paul. Sent. I, 15. 1. mirum quantum dederit turbarum. V. Cujac., & Schulting. in eum locum.*

(b) *Vulgo legitur* pavore. *Sed legi praeſtat* fervore, *uti caſtigatiores* Libri *habent. V. Marcil. in h. l.*

(c) *Videndum inquit Hot., an* ingenita *talis potius legendum ſit. Ego vero non video, quid cauſſae ſit, cur ille hic turbet: Mulierem, quae* nativa ſterilitate eſt, *Trebatius Juriſconſultus* a principio genitali in ſterilitate eſſe *inquit apud Gell. IV, 2.*

rum (*d*), quanti damnum datum esset, dupli, §. 1. *h. t.*, L. *hi enim* 40., L. 41. & L. 42. *de Ædilit. Edict.* (*e*) Sed numnam canis inter feras bestias est? Accipi Edictum prorsus debet de cane *acri*, ut Phaedrus loquitur *Fab. III*, 7. *v.* 18., a quo non minus, quam a fera bestia metuendum. Canes acres interdiu catenis adligari mos fuit, maxime eos, qui ad servandas januas habebantur: unde *catenarii* canes apud Petron. c. 72.: atque ut aedes ingressuri caverent sibi, januis inscribi, *Cave canem*. Pompa *De oper. serv. v. ostiarii*. Ædilitiam actionem haud esse noxalem, vides. Porro nec posse noxalem esse, argumento est genitalis feritas animalium, de quibus cavent Ædiles. Quae igitur sententia est verborum Triboniani *d.* §. 1., *Praeter has Ædilitias actiones & de pauperie locum habebit; nunquam enim actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit?* Ne parum sibi constare videatur Tribonianus, hoc discrimine transigenda res est. Si fera bestia domini manum evasit, coepitque rursus esse nullius, noxalis de pauperie omnino cessat: si adhuc est in potestate, utili de pauperie est locus. Atque haec non esse commentitia, intellige ex iis Triboniani *pr. h. t.*; *Denique si ursus fugit a domino, & sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri actione de pauperie; quia desiit dominus esse, ubi fera evasit*: itemque ex iis Pauli in *d. L.* 4. *h. t.*, *Haec actio utilis competit, & si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit*. Concurrunt autem actiones Ædilitia, & noxalis, quia in eandem rem duo concurrunt facta, quae non spectant eodem. Fera bestia ibi habetur, qua populi est iter. Hoc unum factum est, quod ob publicam caussam Ædiles vindicant. Fera bestia in ea parte, ubi eam haberi jus non est, pauperiem facit. Hoc alterum factum est, quod ob privatam caussam noxae deditione coërcetur. De concurrentibus actionibus multa Cujacius *Obs. VIII*, 24.

TITULUS X.

De iis, per quos agere possumus.

QUod, Quintiliano teste *Inst. Orat. II*, 17., Graecorum jus erat, ne cui liceret alieno nomine agere, id fuit Romae receptum, relatumque in XII. Tabulas, quarum verba enarrat Caecilius Jurisconsultus apud Gell. XX, 1. Litigatores ipsi venire in jus debebant: eisque, si inopes, & pedibus forte aegris, aut quo alio morbo imbecilles essent, seniove confecti, qui in jus vocabat, *jumentum*, quo verbo utuntur Decem-

(d) *h. e.*, quantum ad caeteras res. *Vide adnotata in* §. 13. *de L. Aquil.*

(e) *Quod in Pandectis & Institutionibus Edicto Ædilium*, *Paulus Sent. I*, 15. 2. *tribuit Praetori*: *& aliam porro poenam proponit*. *Exercet is Pauli locus Interpretes*: *sed ad veram evasisse conjecturam unus videtur mihi Schultingius*, *quem adi*.

cemviri, h. e. vectabulum, seu plostrum dare jubebatur, Gell. l. c. Procuratorem dari, Lex vetuit, ne cui per extraneum adquireretur contra regulam juris antiqui in *L. quo tutela* 73. §. 4. *de R. J.* Quaedam alia de hac eadem re habes in nostr. *jur. Obs. IV*, 14. Tantum pro populo, pro libertate, pro tutela procuratorem dati, olim permissum, *pr. h. t.* Num eadem Lege XII. Tab.? Inclinat animus, ut ita credam, quum quia de ea re sic loquitur Tribonianus, ut exceptionem regulae contemporaneam facere videatur, ait enim, *quum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela*: tum quoniam haud simile est veri, Decemviros de regula non exemisse *populum*, qui adesse judicio universus nec potest, nec unquam potuit: *libertatem*, puta eum, de cujus statu controversia est: ac *tutelam*, i. e. pupillum (*a*): quorum huic aetas, illi dubius status certo erat impedimento, ne in jure, judicioque consisterent. Ita, si conjecturae conceditur venia, Caput illud XII. Tab. non integrum ad nos pervenisse, reor. Pro populo agit *syndicus*, sive *actor*, *L. 1. §. 1. quod cujuscumque univers.*: pro libertate *adsertor*, de quo in *L. 1. C. de adsertione toll.*: pro pupillo *tutor*, de quo actum *Lib. 1.*: qui omnes nomine procuratoris latissime accepto comprehenduntur. Proprie adsertor liberalem caussam agebat periculo suo, & satis praestabat judicio sisti, resque ejus, qui servus dicebatur, salvas fore, L. 1. & 2. *C. Th. de lib. caus.*, ac deserta praeter necessitatem caussa, tanquam alienae libertatis proditor extra ordinem coërcebatur, Paul. *Sent. V*, 1. 5.: quae omnia cessant in procuratore. Tandem adsertores, longasque adsertionum ambages sustulit Justinianus *d. L. 1.* Porro eorum nomine, qui apud hostes essent, aut reipublicae caussa abessent: quive in eorum cujus tutela essent, furti agere Hostilia Lex permisit: & ideo tantum furti, quia, ut eleganter Hotomanus, neque tam facile homines ad ceteras injurias absentibus inferendas impelluntur, quam ad furtum, cujus absente domino summa facultas est, & quasi proposita impunitas, nec tam difficile reversi homines ceteras injurias persequuntur, quam furtum. Hostiliae non alibi mentio, quam *pr. h. t.* Factum ei nomem ab Hostilio (*b*) Consule, nescio quo; plures enim ejus nominis Consules in Fastis occurrunt. Tandem commodis litigatorum prospectum est, ac generaliter datum alieno nomine agi (*c*), h. e. inferri, aut suscipi actionem, utrumque enim *h. t.* uno *agendi* verbo continetur: neque est opus, non posse aliquem rebus suis superesse: nolle, est satis, *L. 1. §. 2. de procurat.* Ne autem quod litigatoribus cedit sententia judicis

(a) *Hoc eodem sensu* tutelam *dixit Massurius Sabinus apud Gell. V*, 13.: *quae tutelae significatio non in medio posita Theophilum vix latine scientem latuit.*

(b) *Hostiliae Legis originatio ab* hoste, *quam comminiscitur Jos. Nerius Analect. I*, 26. *risum ciet.*

(c) *Id intellige de caussis pecuniariis: quin etiam de non pecuniariis, si ex his non sequatur poena relegatione major*, L. 1. *D. an per alium caus. appell.*

dicis, id eis adquiri per extraneum videatur; procuratorem lite contestata dominum litis effici, a Jurisconsultis confictum, L. *ab exequutore* 4. §. *ult. de appellat.*: cujus dominii consectarium illud est, sententiam ferri in procuratorem, debere, L. 1. C. *de sent. & interloq.* V. Boehmer *Differ. De dominio litis*. Jam quoniam procurator est qui aliena negotia *mandatu domini* (d) administrat, *d.* L. 1. *pr.*, consequitur, ad eum constituendum nec certa verba, nec praesentiam adversarii, neque ullam aliam solennitatem requiri; nam nihil eorum requiritur ad mandatum, quod solo consensu perfici, *Lib.* III. est traditum. De tutoribus & curatoribus aliud jus est; quamvis enim pupillorum minorumve nomine, ut procuratores, agant, satisque dent; *pr. h. t.*, & *pr. tit. seq*, tamen certis modis constituuntur, de quibus *Lib.* I. Ergo *cuicumque permiseris rem tuam agere, aut defendere, is tuus procurator intelligitur*, verba sunt Triboniani §. 1. *h. t.*, in quibus τὸ *agere* refertur ad procuratorem actoris, τὸ *defendere* ad procuratorem rei. Procurator vox est generis, eaque comprehenditur quum qui pro actore, tum qui postulat pro reo: proprie autem hic *defensor*, ille dicitur *procurator*, *tit. D. de procuratoribus, & defensoribus*. Est & alia defensoris significatio, de qua sub finem *tit. seq.* Apud Paulum *Lib. I. Sent.* est Titulus *De cognitoribus*. Hi in Codice Theodosiano *Lib. II. tit.* 12. cum *procuratoribus* conjunguntur; prope enim ab his aberant. Quo autem differrent inter se, non constat. Donatus, quod Chremes apud Terent. *Eunuch. IV*, 7. *v.* 35. Pamphilam esse dicat *civem Atticam*, inde esse eum *cognitorem* scribit, quasi cognitor esset, qui ageret de statu civitatis, nam qui de statu libertatis agit, eum is ibidem vocat *adsertorem*. Praestat sentire cum Festo *v. cognitor*, fuisse cognitorem, *qui alterius litem coram ab eo datus suscipiebat*. Habes multa de hac re apud J. Gothofredum in *L. ult. C. Th. de cognit.*, & Schultingium in Paul. *Sent. I*, 2. Fortasse ad constituendos cognitores sollennia quaedam adhibebantur; quumque tum coepissent solennia exulare de foro, ipsi cognitores desueverunt: quo factum, ut Tribonianus nusquam in Pandectis, & Codice eorum fecerit mentionem.

TITULUS XI.

De satisdationibus.

PR. Tit. & §. I. Quod liberum cuique est agere, ac judicium accipere per procuratorem: quodque nemo alienae litis idoneus defensor sine satisdatione intelligitur, L. *qui proprio* 46. §. 2. *de procurat.*; quid de satisdatione juris sit, videamus. Est autem Triboniano propositum *h. t.* agere de judicialibus tantum satisdationibus, maxime procuratorum. Satisdatio species est cautionis. Hujus genus duplex, alterum ejus, quae *nuda cautio* appellatur, & ἁπλῶς *cautio*: atque haec nuda promissio est sine

(d) *Quandoque nulla mandati necessitas est*, L. *sed & hac* 35. *D. de proc.*, L. 12. & 21. C. *eod.*, L. 2. C. *de consort. ejusd. lit.*

sine fidejussore aut pignore, *L. consensisse 2. §. 6. de judic.*, *L. 3. C. de V. S.*: *solamque interdum admittit jurisjurandi accessionem*: *tumque juratoria cautio nuncupatur L. un. C. ut omn. Jud.*: alterum ejus, quae *idonea cautio* dicitur; atque haec fidejussore, vel pignore dato praestatur, *L. si mandatu 59. §. 6. D. mand.*, *L. ergo 4. §. 8. de fideic. lib.* Idonea isthaec cautio, sive fidejussor, sive pignus interveniat, recte potest *satisdatio* vocari, *L. promissor 21. §. ult. de const. pec.*: sed quae dato fidejussore interponitur, ea proprie *satisdatio est*, *L. 1. qui satisd. cog.* Satisdationum autem modus alius antiquitati placuit; alium postera aetas induxit. Olim si ageretur in rem, *possessor*, *i. e.* reus, multoque magis qui nomine rei judicium accipiebat, a Praetore cogebatur satisdare *judicatum solvi*, *pr. h. t.*: ac reo satisdationem detrectante, possessio in actorem transferebatur, *L. 1. C. uti possid.* Stipulatio judicatum solvi tres clausulas in unum collatas habet, *de re judicata*, *de re defendenda*, ac *de dolo malo*, *L. judicatum 6. D. judic. solvi*: quae tria pulcre complectitur sane pulcra ejus stipulationis formula apud Cujacium *Obs. X*, 29. Prima clausula eo est reliquis potior, ut hae illi subserviant: quae nominis *judicatum solvi* ratio est. Ea stipulanti adversario spondet reus, se quidquid judicatum fuerit, soluturum, *L. pen. eod.*, h. e. rem restituturum, ac, si res non restituatur, praestiturum litis aestimationem, *pr. h. t.* (a) In id autem dare fidejussores debebat reus, ut potestas petitori esset, aut cum eo agendi, aut cum fidejussoribus ejus, *d. pr.* (b) At vero actori nomine suo petenti nulla satisdationis necessitas imponebatur, ut quid enim satisdaret is, quem jus non erat damnari? Sed procurator tamen ejus satisdare jubebatur *de rato*, h. e. rem ratam dominum habiturum, sive adprobaturum id, quod per procuratorem gestum esset, *tit. D. ratam rem hab.*; namque alias erat verendum, ne iterum dominus eandem litem inferret, *d. pr.* Idem jus fuisse, subdit Tribonianus de tutoribus, vel curatoribus, qui pupillorum, minorumve nomine in rem agebant: namque idem de omnibus, qui alieno nomine agunt, edixerat Praetor, *L. servum 33. §. 3. de proc.*; sed aliquando tutoribus, curatoribusve satisdationem remitti. Est hoc loco, cur Tribonianum negligentiae nomine accuses. Nec semper procuratores satisdare cogebantur de rato: nec re ulla differebant a tutoribus, curatoribusve. Procuratori necesse non erat satisdare, ubi de domini voluntate constabat, *L. si procuratorem 65. de proc.*, *L. si is 3. §. 2. ut in poss. leg.*; ita enim nihil erat, quod sibi dein metueret reus; de voluntate autem constabat, si eam dominus aut literis ad adversarium scriptis, aut libello Principi dato, aut mandato actis insinuato declararet, vel si praesens in judicio procuratoris personam confirmaret, *d. L. 65.*, *L. ne satisdatio 21. rem rat. hab.*, & §. 3. *h. t.* Ex diverso si deesse mandatum liqueret, non permittebatur procuratori agere, quamvis de rato cautionem offerret, *L. sed & hae 35. D.*, & *L. 21. C. de*

(a) *De reliquis clausulis v. Bachov. in h. l.*

(b) *Non obtinebat eo tempore beneficium excussionis, de quo actum Lib. III. p. 122.*

C. de proc. Uno casu procurator satisdare cogebatur de rato, quum de mandato ambigebatur, *d. L.* 3. §. 2. *ut in poss.*, & *L.* 1. *C. de proc.* Uno item casu tutori, curatorive cavendi de rato necessitas incumbebat, quum dubitabatur, num tutor curatorve esset, vel an duraret, vel an gestus alterutri commissus esset, *L. vulgo* 23. *de adm. tut.* . Ita omnia paria erant. Quod si in personam ageretur, ex parte actoris eadem, quae in reali judicio, obtinebant: ex parte vero rei si quis alieno nomine interveniret, judicatum solvi satisdabat *omnimodo*, uti Tribonianus inquit §. 1. *h. t.* (c), i. e. quamvis de mandato liqueret, *L. ne satisdatio* 21. *rat. rem hab.*, L. un. *C. de satisd.*, secus ac de satisdatione de rato dictum est, sic postulante regula illa juris antiqui, neminem in aliena re idoneum defensorem videri sine satisdatione, *d.* §. 1., *L. non videtur* 53. *de proc.*, *L. in eo quod* 110. §. 1. *de R. J.*: si quis autem suo nomine judicium acciperet, judicatum solvi satisdare non cogebatur, (d) *d.* §. 1.: quod aliusmodi erat in judicio reali: cujus discriminis vera ratio ea est, quod in judicium reale corpus; in personale quantitas venit. Haec nunquam perit: illud vitio possessoris fieri deterius potest, & vero etiam perire. Hinc in lite vindiciarum qui rem tenebat, *nihil se deterius in possessione facturum* satisdabat. Ascon. in *Verr. III.*

§. II. III. & IV. Jure novo reus suo nomine conventus sive in rem, sive in personam actione non satisdat de *litis aestimatione*, h. e. judicatum solvi, sed tantum cavet, se ad terminum usque litis in judicio permansurum: quae nova cautio prorsus alia est a veteri illa *judicio sisti*. Veteri satisdabat reus, se certo die in jus venturum: de expectando litis exitu nihil cavebat. V. *tit. D. si quis caution. in judic. sist.*, & Brisson. *De form. V*, 3. Nova cavet de utroque. Cavebit autem vel jurejurando, vel nuda promissione, vel satisdatione, ut *personae qualitas* postulaverit, §. 2. *h. t.* Jurato promittunt illustres, *L.* 17. *C. de dignit. Lib. XII.* Satisdationi contumelia quaedam inest, *L. testamento* 17. §. *ult. de test. tut.* Hanc ne illustres personae subeant, dignitas facit. Idem de tenuioribus traditum, si ante jurati affirmaverint, non potuisse se idoneos fidejussores invenire. Est id quidem aequum & bonum, si enim desint fidejussores, ut certe inopi reo plerumque desunt, longa fiet litibus mora, reo utilis, actori damnosa; deficit tamen Lex; nam Justiniani Novella *CXII. c.* 2., quam vulgo in eam sententiam laudant, de actore, non de reo loquitur: sed potest ea tamen argumento esse, ut idem dicatur de reo. Nuda promissione cavent immobilium rerum possessores, quorum praedia pro praedibus sunt, *L. sciendum* 15. *D. qui satisd. cog.*, in

(c) *Hotomanus, contra fidem omnium Codicum mavult omnino. Omnino temere.*

(d) *Ita faciebat procurator, quod praesens reus non fecisset. Hoc argumento ajebat Alphenus Jurisconsultus apud Tullium pro Quint. c.* 7., *aequum non esse satisdare procuratorem: Hinc autem, & vero etiam ex aliis, quae ibi tanquam ex jure confesso Tullius tradit, recte colligit Hotomanus, longe aliam fuisse Tulliano aevo satisdationum rationem.*

in quam v. *nostr. jur. Obs. IV*, 12. Sin autem per procuratorem lis infertur, aut suscipitur, actoris quidem procurator satisdato cavet de rato, uti & olim cavebat, secundum ea, quae modo sunt dicta: quod vero pertinet ad procuratorem rei, refert, num reus sit praesens, an absens. Si praesens sit, duas ipse praestare satisdationes debet, alteram pro suo procuratore quasi ejus *fidejussor* (e), alteram pro persona sua. Pro suo procuratore in judicio, vel extra satisdat judicatum solvi pro omnibus stipulationis illius clausulis: sicque procuratorem relevat onere satisdandi. Pro sua persona satisdat, se tempore sententiae recitandae in judicium venturum, vel si non venerit, fidejussores suos omnia daturos, quae in condemnatione continebuntur, nisi fuerit provocatum: quarum duarum cautionum posterior fidejussoribus tantum datis praestanda est: prior praedibus, & praediis, (ut in populi negotiis caveri mos erat) h. e. non solum datis fidejussoribus, sed rebus etiam hypothecae subjectis, §. 4. *h. t.* Sed numne liberum domino litis est satisdare pro procuratore suo? Id videtur velle verbum *potest* apud Trib.; sicque creditum vulgo. At vero satisdandi necessitatem domino litis imponit Modestinus in *L. si ad defendendum* 10. judic. *solv.* in haec verba, *Si ad defendendum procurator datus fuerit, satisdare jubetur, judicatum solvi stipulatione, quae non ab ipso procuratore, sed a domino litis interponitur.* Atque hic facere non possum, quin demirer, obtrudi nobis a Triboniano pro jure novo, quod in Pandectis est, ubi est item vetus. Quod si quavis de caussa reus absit, hujus procurator vel defensor, non alias admittitur, quam praestita cautione judicatum solvi, §. 5. *h. t.*, *L. un. C. de satisd.* Atque hoc etiam vetus jus est; subdit enim Modestinus, *Quod si procurator aliquem defendat, ipse cogitur satisdare judicatum solvi stipulatione.* In *d.* §. 5. proprie agitur de eo, qui reum absentem defendit sine mandato: atque haec alia est magis propria *defensoris* significatio, *L. Plautius* 61. *de proc.* Regulariter nemo potest pro alio agere sine mandato: at publice utile est, absentes a quibuscumque defendi, *L. servum* 33. §. 2. *eod.* Porro reus videre debet, num a falso procuratore conveniatur; nam potest dominus rursus cum eo agere: at reum ab hoc vel illo defendi actoris nihil interest, qui satisdatione defensoris satis est tutus; defensor enim, ubi satisdedit, lite adhuc non contestata fit dominus litis, & judicati actione tenetur, *L. Titius* 73. *eod. tit.*, *L. si se* 4. *de re jud.* Est & jus novissimum in *Nov. XCVI*, *c.* 1, & *Nov. CXII*, *c.* 2. Sed istorum omnium vix est, ut quidquam nunc obtineat in foro.

(e) *Quid istuc nam monstri est? Litis dominum procuratoris sui fidejussorem esse perinde est ac fidejussorem esse sui ipsius. Vide, ne tibi fraudi sit, ut olim mihi, in speciem pulcra Jani a Costa conjectura, quum procurator per litis contestationem dominus litis fiat, non videri reum pro se fidejubere: Satisdationes istae litis contestationem praeeunt: proinde praestantur, quum procurator non dum est factus dominus litis. Quid vetat dici, esse apud Tribonianum* κατάχρησιν *vocabuli* fidejussoris, *reumque praesentem appellari fidejussorem procuratoris, quia id ipse facit, quod antea facere procuratorem oportebat?*

TITULUS XII.

De perpetuis & temporalibus actionibus, & quae ad heredes, & in heredes transeunt.

PR. Tit. Olim actiones jure Civili, h. e. Lege XII. Tab., aliove populi, plebisve scito, Senatusconsulto, aut Principali Constitutione institutae perpetuae erant: Praetoriae vero *plerumque* annales; quod vis Legis perpetua esset, Edicti Praetorii annua. Et quamquam Edictum sub Hadriano esse perpetuum coepisset, tamen, quoniam illud esse infra Leges decebat, actiones inde profectae annales mansere. Tum, quod Reip. interesset litibus modum poni, Imperatorum *Constitutiones tam in rem, quam in personam actionibus certos fines dederunt, pr. h. t.* Qui autem sunt ii Imperatores? Qui fines illi? Utrumque tacet Tribonianus. Quantum ex fragmentis, quae extant, veterum Jurisconsultorum cognoscere licet, temporibus Hadriani abrogatum est jus vetus, namque praescriptionis, qua actiones perimuntur, primi meminere Julianus, & Gajus Hadriano coaevi in L. *si duo* 13. §. 1. *de jurejur.*, & L. *qui alienam* 54. *pr. de evict.* At enim inde usque a Legibus XII. Tab. actioni in rem mobilem anno, in rem soli biennio praescriptum. Ita vero, sed tum usucapio, non tempus, finiebat actionem, non procedente usucapione in omne aevum duraturam. At post Constitutiones nulla actio est, quae tempore non perimatur. Igitur, si quando non ob caussae, vel bonae fidei defectum, vitiumve rei, sed ob aliam rei qualitatem, puta, quia incorporalis est, nequeat esse usucapioni locus, actionibus in rem obstat praescriptio longi temporis, i. e. X. annorum inter praesentes, XX. inter absentes, *L. pen. & ult. C. de praescript. long. temp.*: iisdem, si res non justa caussa, aut non bona fide possideatur, itemque omnibus personalibus actionibus praescriptio obstat annorum XXX, quae fures etiam & raptores tuetur magno quidem exemplo, sed publico tamen bono, L. 3. & L. 8. *C. de praescr. 30. vel 40. ann.* (*a*) Ejus auctor Theodosius non *Magnus*, sed *Junior* (*b*) in *d.* L. 3. Actiones duas manere perpetuas Theodosius voluit, hypothecariam adversus ipsum debitorem, non item adversus tertium possessorem, ac finium regundorum. V. *Cod. Th. tit. de action. cert. temp. fin.*, ubi ea Lex integra extat. Sed Justinianus finium regundorum actionem pari cum aliis jure censuit, L. 1. *C. de annal. except.*, hypothecariae vero adversus debitorem, heredemve ejus praescribi jussit annis XL., L. 7. *C. de praescr. 30. ann.* Porto Theodosiana Con-

(a) *Canones malae fidei possessorem nullo temporis lapsu defendunt, cap. ult. de praescr., cap. 2. de R. J. in VI.: idque naturali aequitati consentaneum est.*

(b) *Evicit jam id contra Cujacium J. Gothofredus in L. un. C. Th. action. cert. temp. fin. Variavit autem in hac re Cujacius. V. Merill. Variant. ex Cujac. II, 12.*

Constitutio ad eas tantum actiones pertinet, quae ante eam perpetuae atque immortales erant, non item ad eas, quae temporariae, puta, quibus tempora XXX. annis minora Leges praescribunt: quales sunt hypothecaria, & omnes in rem actiones adversus bonae fidei possessorem, quae longo tempore perimuntur: actio de dolo, quae biennio: restitutio in integrum, quae quadriennio: querela inofficiosi, quae quinquennio finitur, & aliae bene multae. V. Cujac. in *L.* 3. *C. de praescr.* 30., & *L.* 1. *C. de annal. exc.* Maxime autem non pertinet ea constitutio ad actiones Praetorias *plerumque* annales, *L. non solus* 22. §. *ult. de lib. caus.* Ait Trib., *plerumque*, nam quaedam *in perpetuum extenduntur*, *i. e. usque ad finem Constitutionibus introductum*; *d. pr. h. t.*, puta, ad annos XXX. vel XL. (c) Tales sunt, quae rei persequutionem habent, h. e. quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, *L. in honorariis* 35. *de O. & A.* In exemplum proponit Tribonianus possessoriam, & fideicommissariam hereditatis petitionem, quarum hac fideicommissarius post restitutam ex S. C. Trebelliano hereditatem: illa bonorum possessor res hereditarias persequitur, *tit. D. de fideic. hered. pet.*, ac *tit. de poss. her. pet.*; sed & alia exempla addere, facillimum est. V. Joh. Borcholten in h. l. Excipiuntur, quae contra jus Civile dantur, ut Publiciana, quae rescissa usucapione redditur, *d. L.* 35. *de O. & A.*, aliaeque nonnullae: quae variis, sed multo minoribus temporum intervallis circumscribuntur: quod ex *D.* & *C.* petendum est. E Praetoriis poenalibus furti manifesti actio perpetua est, *pr. h. t.*, certe odio furum: idemque jus est de aliis actionibus actioni furti cognatis, quales sunt actio arborum furtim caesarum, actio rerum amotarum, & aliae, de quibus Harpprecht. in h. l. Sed furti manifesti actio Praetoria non est, uti dictum in §. 4. *de nox.* Crimina *fere* omnia vicennali praescriptione tolluntur; *L.* 12. *C. ad L. Corn. de fals.* Quo spectet τὸ *fere*, Cujacius explicat. *Obs. IV*, 14.

§. I. Non omnes autem actiones tum Civiles tum Praetoriae ad heredes actorum, & in heredes reorum transeunt. Regulae hae sunt. I. In rem actiones heredibus dantur, non contra heredes, nisi qua possessores sunt, *L. si in rem* 42. *de rei vind. II.* In personam actiones ex contractu heredibus, & contra heredes competunt, *tit. C. de hereditar. act.* Aliquando tamen etiam ex contractu actionem contra heredem non competere, ait Trib. §. 1. *h. t.*, *veluti quum testator dolose versatus sit, & ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenit*. Quo quid absurdius? Regula juris est, *in contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, verum etiam in solidum teneri*, *L. ad ea* 157. §. 2. *de R. J.* Satis est, dolum descendisse ex contractu, ut heres omnino in solidum teneatur. Non possum non adscribere Ulpiani verba in *L. si hominem* 7. §. 1. *D. depos.*, *Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum; quamquam enim alias ex dolo defuncti non sole-*

 mus

(c) *Vides, novo jure perpetuas dici actiones, quod XXX. annis vivant: adeo longum id spatium Jurisconsultis est visum: unde γενεὰ* generatio *Graecis dictum, &* brevius seculum *Servio in Virg. VIII, v.* 50.

mus teneri, nisi pro ea parte, quae ad nos pervenit: tamen hic dolus ex contractu reique persequutione descendit, ideoque in solidum heres tenetur. Magni nominis viros hac veluti in salebra haerere video. Mihi Theophili, atque Hotomani in *h.* §., J. Cujacii *Obs. XXI*, 2., Henrici a Suerin *Repet. lect. jur. c.* 1., Perrenonii *Animad. I*, 7., Bachovii, aliorumque Tribonianei loci interpretum conjecturae videntur acutae nugae. Num praestat Triboniani inscitiam accusare cum Fabro *Err. LXXVI*, 4.? Ego amplius pronuncio. III. Actiones in personam ex maleficio, si rei persequutoriae sunt, ut rerum amotarum actio, vel condictio furtiva, ad heredes, & in heredes transeunt, L. 6. §. 4. *de act. rer. amot.*: si poenales, ut furti, aut vi bonorum raptorum, heredibus dantur, non contra heredes, L. *pupillum* 111. §. 1. *de R.J.*; est enim aequum, *ibi esse poenam, ubi & noxia est*, L. 22. C. *de poen.* Si qua igitur actio rem & poenam persequitur (actiones istas proponit Trib. §. 19. *de act.*) ea, qua rei persequutoria est, transit in heredes: qua poenae, non transit, L. *de eo* 18. *depos.* IV. Omnes poenales actiones *post litem inchoatam*, h. e. contestatam, transeunt in heredes, L. *omnes* 26. *de O. & A.*, ac §. 1. *h. t.*; nam *judicio contrahitur*, L. *licet* 3. §. 11. *de pec.*, i. e. contestatione litis quasi novatio fit: quaeque obligatio erat ex maleficio, ea esse incipit ex contractu. Est poenalis actio, quae ne heredibus quidem datur. Ea est actio injuriarum, quae nisi contestata lite non pertinet ad successores, *d.* §. 1., & L. 13. *de injur.*; spectat enim tota ad vindicandam contumeliam, L. 15. §. 46. *eod.*, quae favore ἀμνηστίας remissa facile intelligitur. Si qua alia est actioni injuriarum similis, idem de ea jus est. Similis est autem actio in factum adversus libertum, qui patronum sine venia vocavit in jus, L. *pende in jus voc.* Aliae similes prostant in L. *pen.* §. *ult. ne quis eum, qui in jus voc.*, in L. *haec actio* 4. *de calumn.*, in L. *postumus* 6. §. 2., & L. 7. *de inoff. test.*, ac L. 3. C. *de rev. don.* V. Borcholten & Huber. in *h.* §.

§. II. Hic §. est fugitivus, pertinetque ad *tit. de off. jud.*

TITULUS XIII.

De exceptionibus.

PR. Tit. usque ad §. VI. Tueri se reos posse contra actiones, natura est aequum. Defensio, aut *pura*, aut *conjuncta*: pura, si reus, quod actor ait, ἁπλῶς neget: conjuncta, si cum exceptione inficietur. Cic. *De inv. II*, 20. Sigon. *De judic. I*, 21. Efferebantur exceptiones quandoque per dictionem *quod*, ut plurimum per formulam *extra quam si*, aut voculas *si*, *nisi*, aut his similes, de quibus Cujac. *Obs. V*, 34., & Brisson. *De form. V*, 76. ac 77.: quae ratio est, cur *conditiones* vocentur in L. *exceptio* 22. *de except.* (a), & cur defensio non cum exceptione conjuncta olim diceretur *pura*. Exceptiones itidem ut actiones postulandae

(a) *Cur itidem praescriptiones dictae? V. nostr. jur. Obs. III*, 20.

landae erant, impetrandaeque a Praetore, qui eas una cum actionibus futuri judicii formulis includebat. Cic. ibid., & in *Verr. II*, 12., Brisson. *De form. V*, 74. In solis bonae fidei judiciis nihil erat opus id fieri, namque iis *inerant* exceptiones, L. *sed & si* 21. D. *sol. matr.*: cujus verbi ea vis erat, ut quamvis non oppositae in jure, nec formulis inclusae, recte nihilominus possent in judicio opponi. V. Noodt *Probabil. II*, 1., ac *De jurisdict. I*, 13. Exceptio est exclusio actionis, L. 2. *de except.* Qui reus non est *ipso jure* liberatus, eum liberari *per exceptionem* necesse est: quae duo opponuntur in Libris juris, L. *qui servum* 34. *de O. & A.*, & L. *ubicumque* 60. *de fidejus.* Exceptio actionem jure constitutam ponit. Ita jus juri obstat, sed jus aequum summo, quod *iniquum* jus appellatur in §. 1. 2. 3. & 4. *h. t.* Ita *jus* dicitur, quod iniquum est. Exempla sunt haec. Qui metu, dolo, aut per errorem stipulanti promisit, *jure Civili*, quod subtile est, ut dictum in *pr. tit. quod eum eo &c.*, tenetur ex stipulatu actione, & ea quidem *efficaci*, non solum origine, ut Cujacius scribit, sed etiam exitu, nisi exceptio opponatur, L. 3. *C. de inut. stip.*: qua de re v. Jos. Nerium *Analect. II*, 7.: verum quoniam vix est, ut consentire videatur, qui per metum, dolumve, aut per errorem spondet, Praetor naturali aequitate motus exceptiones *quod metus caussa*, *doli mali*, & *in factum* accommodavit, quo iniqua illa juris Civilis actio elidatur, §. 1. *h. t.* Is etiam, quicum pactus est creditor de non petenda pecunia, quae debebatur: aut is, qui creditore jusjurandum deferente juravit, nihil se dare oportere: aut demum is, quem Judex sua sententia absolvit, adhuc est obligatus jure Civili: hoc enim jure pactum nudum, juramentum, sententia non sunt tollendarum obligationum modi; sed abhorrent tamen haec a jure aequo: proinde exceptiones *pacti conventi*, *jurisjurandi*, & *rei judicatae* Praetor indulsit, §. 3. 4. & 5. *h. t.* Eadem aequitas exceptionem suasit *non numeratae pecuniae*, de qua actum *Lib. III. p.* 131. Sunt quaedam exceptiones ipso jure Civili institutae, veluti, Macedoniani, Vellejani, aliaeque, de quibus in *D.* & *C.*

§. VII. usque ad X. Exceptionum duplex genus: unum earum, quae *perpetuae*, & *peremtoriae*: alterum earum, quae *temporales*, & *dilatoriae* appellatur, §. 7. *h. t.*, *d.* L. 2. §. *ult.*, & *L.* 3. *eod.* Perpetuae, & peremtoriae sunt, quae *semper locum habent*, *nec evitari possunt*, *d.* L. 3.; non enim ut actionibus intendendis certa tempora praestituta sunt, sic exceptionibus opponendis, quum sit in potestate actoris, quando experiri velit, non in potestate rei, quando velit conveniri, *L. qui in alterius* 42. *de R. J.* Dicuntur *peremtoriae*, quod omnino perimant actionem, §. 8. *h. t.* Tales sunt exceptiones doli mali, metus, & pacti conventi perpetui, i.e. ne omnino pecunia petatur, *d.* §. 8., ac *d.* L. 3. Temporales, & dilatoriae sunt, quae non semper locum haben, sed evitari possunt, dilata ad certum tempus actione, §. 9. *h. t.*, & *d. L.* 3. Hujusmodi exceptiones aut ex ipsa caussa petuntur, ut exceptio pacti de non petendo intra quinquennium: quae ob vim pacti conventi actionem differt,

fert, & locum facit Constitutioni Zenonianae, de qua in §. 33. sup. de *act.*: aut ex persona sive Judicis, si non competens dicatur: sive procuratoris, si mulier sit, aut miles, quorum hic, ne a militia avocetur, illa ob pudicitiam sexui congruentem pro aliis postulare prohibentur, §. 10. *h. t.*, L. 7. C. *de proc.*, L. 1. §. 5. *de postul.* Exceptio infamiae domini vel procuratoris novo jure non obstat, *d.* §. 10.

TITULUS XIV.

De replicationibus.

SI quid iniqui lateat in exceptione, id actorem posse replicando retegere, est item aequum. Replicare Latinis quandoque est patefacere: qua significatione dici a Triboniano replicationem, patet ex *pr. h. t.* Ut exceptiones, ita replicationes in jure opponi, formulisque includi olim oportebat, si non bonae fidei judicium esset. Replicationes licet *a parte actoris veniant*, nihilominus *exceptiones sunt*, L. 2. §. 1. *de except.*, nam *reus in exceptione est actor*, L. 1. *eod.* Porro quemadmodum rei exceptionem excludit replicatio actoris, ita hanc rei duplicatio elidit: & rursus hanc triplicatio actoris: sicque *deinceps multiplicantur nomina*, *dum aut reus aut actor objicit*, *d. L.* 2. §. 3.: non enim jure Civili ullus certus est modus allegationum ex parte actoris, & rei. At enim Ulpianus in *d. L.* 2. §. 3., & Julianus in *L. consilio* 7. §. 1. *de curat. fur.* replicationi non *duplicationem*, ut Tribonianus §. 1. *h. t.*, sed *triplicationem* opponunt. Ita vero: nec video, qui possis apud viros in latinitate veterum Jur. consultorum versatos Tribonianum excusare. Quae Triboniano est *duplicatio*, eam antiqui Jurisconsulti *replicationem* dixere; quid enim est aliud *replicare*, quam rursus plicare, & omnino idem ac *duplicare*? Merito igitur replicationi erat *triplicatio* opponenda. Qui ex auctoritate Triboniani loca Ulpiani ac Juliani emendant, nae ii faciunt contra omnium exemplarium fidem. Jam quibus sive exceptionibus sive triplicationibus defenditur reus, iisdem *plerumque* defenduntur fidejussores rei, nam quod a fidejussoribus petitur, id peti videtur ab ipso reo, qui mandati judicio tenetur, *L. quod dictum* 32. *de pact.*, & §. 4. *h. t.*: ubi τὸ *plerumque* indicium facit, nonnullas esse exceptiones, quae non transeunt ad fidejussores: quales esse scribit Paulus in *L. exceptiones* 7. *h. t.*, quae non rei, i. e. caussae, sed personae cohaerent. Finge, debitorem bonis cessisse. Hic adversus creditorem defenditur per exceptionem, *nisi (a) bonis cesserit*: qua exceptione opposita liberatur: nec, si quid postea adquisierit, solvere solidum cogitur, §. 40. *Inst. de act.*: sed exceptio haec fidejussoribus non adcommodatur, *quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut quum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi*, uti scite Trib. *d.* §. 4. Aliae id genus

(a) *Legendum* nisi *in d.* §. 4. *ex Theophili, ac veterum Librorum fide, non, ut vulgo,* si. *V. Cujac. Parat. C. de except.*

nus exceptiones sunt in *d. L. 32.*, in *L. si pro te 40. D. mand.*, in *L. si quis rem 5. de liberat. leg.*, & apud Cujac. *Obs. XIX, 29.*

T I T U L U S XV.

De interdictis.

PR. & §. VIII. Quod experimento compertum erat, litigatores in caussis possessionum in rixas, & arma ruere, publice interesse existimavit Praetor polliceri se super iis interdicturum, ut vis omnis abesset. Interdicebat Praetor, quum per solennes formulas, quarum exemplum extat apud Festum v. *possessio*, fieri aliquid aut jubebat, aut prohibebat, *maxime* quum de possessione, aut quasi possessione inter aliquos contendebatur, *pr. h. t.* Ait Trib., *maxime*; nam quaedam interdicta caussam proprietatis vel quasi proprietatis continent, L. 2. §. 2. *de interdict.*: non quod possessionis caussam non habeant, sed quia ita comparata sunt, ut *totum finiant*, L. 1. §. *ult. de aqua quot.*, i. e. quum possessionis, tum dominii litem: quum ex diverso interdicta, quae sunt de sola possessione vel quasi, solam finiant caussam possessionis, tantumque *praeparent caussam*, *d. §. ult.*, h. e. viam praestruant *secundae actioni*, quae proprietatis est, L. 2. *quor. bon.*, quaeque *principalis quaestio* dicitur in 10. *C. de jud.* V. Cujac. *Obs. V*, 19., & in *tit. C. de interd.* Exemplo sit interdictum de itinere, actuque reficiendo. Qui agit hoc interdicto, non vincit, si de sola possessione probet: quod unum debet facere, qui aliis agit, quae sunt de sola possessione: sed necesse ei est, res duas docere, & hoc anno se usum, & ei servitutem competere, *L. inde 3. §. 13. de itin. actuq. priv.* Actor etiam dicebatur interdicere, quum possessionem persequebatur: uti dicebatur petere, quum persequebatur jus in re: unde Quintilianus *Inst. III*, 6., *Non debuisti interdicere, sed petere.* Hoc sensu interdicta actionis verbo contineri, scribit Ulp. in *L. actionis 37. de O. & A.* (a) Reddebantur olim interdicta de veteri more judiciorum, de quo v. dicta *h. Lib. IV. p.* 234. Hinc Ulpianus in *L. 1. §. 2. si ventr. nom. muliere in poss. missa &c.* scribit, eum, qui per dolum venit in possessionem, a Praetore *per interdictum ad jus ordinarium remitti*: idemque Ulp. in *L. semper 15. §. 7. quod vi aut clam* de interdicto restitutorio *quod vi aut clam* agens, *officio*, inquit, *Judicis oportere fieri restitutionem*. Quid multa? Pomponius in *L. si opus 21. eod.* ait, *Si opus, quod quis jussus est a Judice, qui ex hoc interdicto* SUMTUS *esset, restituere &c.*, ubi *Judex sumtus* est Judex a Praetore datus ex caussa interdicti, aut ex consensu partium acceptus: quae satis refellunt opinionem Cujacii *Parat. C. de interd.*, Praetorem reddito interdicto non dedisse Judicem, qui de possessione cognosceret, de qua ipse jam interdicendo judicaverat, sed qui cognosceret de proprietate. Fraudi fuit viro magno Theophili locus, aliorsum accipiendus, uti praeclare demonstrat J. a

(a) *Quid interdictum distet ab actione*, *docet Cujac. Obs. V*, 10.

J. a Costa in *pr. h. t.* At ex quo tempore extraordinaria (*b*) esse judicia coepere, qualia erant *omnia*, i. e. tum criminalia, tum civilia, aevo Justiniani, desiere interdicta a Praetore reddi de veteri ritu: coepitque perinde judicari sine interdictis, ac si utilis actio ex caussa interdicti reddita fuisset, §. 8. *h. t.*, & L. *ult. C. eod.* Igitur nunc interdicta referuntur ad actiorem, suntque actiones Praetoriae in personam de possessione vel quasi, L. 1. §. 3. ac *tot. tit. de interdict.*

§. I. Interdicta sunt aut prohibitoria, aut restitutoria, aut exhibitoria, *h. §.*, & L. 1. §. 1. *h. t.* Prohibitoria sunt, quibus Praetor aliquid fieri vetat, ut ne vis fiat ei, qui sine vitio, i. e. nec vi, neque clam, nec precario possidet, *tit. D. uti poss.*, ac *tit. D. utrub.*: quive vult mortuum inferre, quod religionis interest, cadavera sepeliri, *tit. D. de mort. inf.*, aut ne in loco sacro aedificetur, aut in flumine, ripave quid fiat, cujus gratia pejus navigetur, *tit. D. ne quid in loc. sacr.*, ac *tit. de flum.* Restitutoria sunt, quibus Praetor restitui aliquid jubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum, quae quis pro herede aut pro possessore possidet, *tit. D. quor. bon.*: aut quum jubet, ei, qui vi de possessione fundi dejectus sit, restitui possessionem, *tit. D. de vi & vi arm.* Exhibitoria sunt, per quae jubet exhiberi, veluti eum, cujus de libertate agitur, *tit. D. de hom. lib. exh.*, aut libertum, cui patronus indicere operas velit, L. 2. §. 1. *de interd.*, aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt, *tit. D. de liber. exh.* Et quamquam visum nonnullis, ea proprie vocari *interdicta*, quae prohibitoria sunt: restitutoria autem & exhibitoria proprie dici *decreta*; tamen *obtinuisse* ait Trib. *h. §.*, *omnia interdicta appellari*, *quia inter duos dicuntur*. Postremum hoc ridiculum est; ita enim actiones omnes, quod inter duos redderentur, fuissent interdicta. Omnino esse legendum ajo, *quia interim dicuntur*, h. e. quoad de proprietate judicatum sit. De hac re v. nostr. *jur. Obs.* III, 15.

§. II. III. IV. V. & VI. Porro interdictorum alia adipiscendae, alia retinendae, alia recuperandae possessionis caussa comparata sunt, §. 2. *h. t.*, ac *d.* L. 2. §. 3. (*c*) Adipiscendae possessionis interdicta sunt *Quorum bonorum*, & *Salvianum*. Interdictum quorum bonorum (quod nomen, ut alia interdictorum, a verbis initialibus est factum) accomodatur ei, cui bonorum possessio est data, ut quod quisque ex iis bonis pro herede, aut pro possessore possidet, illi restituere compellatur, §. 3. *h. t.*, & L. 1. *D. quor. bon.* Bonorum possessori datur, hunc enim tuetur Praetor, non heredem. Heredi consulitur hereditatis petitione, de qua dictum *h. Lib. p.* 230. Apud Severum & Antoninum in L. 1. *C. eod.*, ubi hoc interdictum dari dicitur ei, qui *ad hereditatem*, *vel bonorum possessionem* admissus est, malo cum Cujacio, & Gothofredo τὸ *vel* accipere tanquam adjectum ἐν τῷ παραλλήλῳ, ut in L. *bona* 3. §. 1. *de bon. poss.*, quam cum

(*b*) *De extraordinariis judiciis v. tradita Lib.* III. *p.* 69.

(*c*) *De interdictis* duplicibus tam recuperandae, quam adipiscendae possessionis, *quorum Paulus meminit d.* §. 3., *v. Cujac. Obs.* IV, 11., *A. Fabr. Conject.*, II 18., *& Marcil. in* §. 2. *h. t.*

cum aliis adgnoscere utile interdictum in gratiam heredis. Quomodo autem consistere possint haec duo, interdictum ei dari, cui jam data bonorum possessio est, & nihilominus eo id agi, ut possessio adquiratur? Obicem amovet Ulp. *d. L.* 3. §. 1., ubi a *bonorum possessione* separat *rerum possessionem*, seu detentionem corporum: hanc facti esse docet, illam juris. Possessio juris, seu jus ipsum persequendi ex Edicto est: tum accedit possessio facti ex interdicto. Datur autem in eum, qui possidet pro herede, aut pro possessore. Pro herede possidet, qui putat se heredem esse, aut id saltem contendit, *L. pro herede* 11. *de hered. pet.*: pro possessore possidet, qui *nullo jure*, nullo titulo possidet, ut praedo: adeo ut interrogatus, cur possideat, responsurus sit, *quia possideo*, *d.* §. 3., *d. L.* 11. §. 1., & L. 12. *eod.* Num vero is, cum quo agitur, adhuc possideat, an dolo desierit possidere, nihil refert, L. 1. *quor. bon.*, L. *qui dolo* 173., L. *parem* 192. *de R. J.* Interdicto Salviano experitur cum colono locator, ut sibi decernatur possessio rerum, quas ille pignoris nomine intulit in fundum, *d.* §. 3. Initio cum colono ipso experiundum erat: tum *utile interdictum* accommodari coepit adversus extraneum possessorem, modo hic possessionis auctorem habeat colonum ipsum, L. 1. *pr. de Salv. interd.* Proxima Salviano est actio Serviana: sed hoc differunt inter se, quod qui Salviano experitur, quum de sola possessione agat, id probare debet unum, res fuisse pignoris nomine in fundum invectas: qui vero Serviana agit, quum jus in res persequatur, si res sit cum tertio possessore, probare & illud debet, fuisse eas, quum conveniebat, in bonis debitoris, h. e. justo titulo & bona fide possessas a debitore, L. & *quae* 15. §. 1. *de pign.* Denique utilitatis gratia institutum est, ut adversus quoslibet debitores alios a colonis competeret interdictum, L. 1. C. *de prec.* Verum si tertius a debitore non colono caussam habens res possideat, utilis Serviana exercenda est, non interdictum, *d. L.* 1., quum enim interdictum, quod contra debitorem non colonum datur, utile sit, i. e. ad non expressam speciem utilitatis caussa productum, rursus produci ad aliam non debebat. Salviani interdicti auctor non Salvius ille, qui & Edicti perpetui auctor fuit: quae Jacobi Cujacii opinio est; sed alius nescio quis ex ea gente, certe antiquior Salvio illo, qui istius interdicti interpretem agit in L. 1. *de Salv. interd.* Enimvero quis credat, Salvium Julianum Edictum suum dixisse *Salvianum* in *d. L.* 1. (d)? Is verecunde, ut ejus gravitatem ac sapientiam decebat, eo nomine abstinuisset. V. Bynkershoek *Obs.* I, 24. Retinendae possessionis caussa comparata sunt interdicta *Uti possidetis*, & *Utrubi*, §. 4. *h. t.* Haec item sunt initialia formulae Praetoriae verba. In *actione petitoria*, i. e. rei vindicatione, qua cum possessore agitur, quandoque in quaestionem venit, uter litigatorum possideat. Hoc casu uterque possessionem suam conservari sibi postulat alterutro interdicto: & interdicto quidem *uti possidetis*, si de re soli interdicto

(d) *Errore librarii adscribitur ea Lex Ulpiano in Basilic.* LX, 17. 28. *Bynkershoek Obs.* I, 25.

dicto *utrubi*, si de re mobili agatur, L. 1. *D. uti poss.*, & L. un. *D. utrub.* Praetor autem alterutro possessionem tuetur, si nullum ea vitium habeat, h. e. si possessor nec vi, neque clam, nec precario possessionem *ab adversario litis contestatae tempore* sit nactus, *d.* §. 4. Ait Trib., *ab adversario*, nam possessionem, quae ab extraneo est, ut ut vitiosam, Praetor contra adversarium tuetur, L. 1. §. *ult.*, & L. 2. *uti poss.* Ait, *litis contestatae tempore*: quod novum jus est. Antea interdicto *uti possidetis* vincebat, qui interdicti tempore: interdicto *utrubi*, qui majore parte anni retrorsum numerati sine vitio possidebat, *d.* §. 4. Juris antiqui testis est Paulus *Sent. V*, 6. 1. Quod Ulpianus Paulo coaevus jus novum proponat in *L. un.* §. 1. *D. utr.*, non miror. Ibi sub Ulpiani nomine Tribonianus latet. Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse *possideat*, sed si ejus nomine aliquis *in possessione sit*, §. 5. *h. t.* Aliud est *possidere*, aliud *in possessione esse*, L. *si quis* 10. §. 1. *de adq. poss.*, uti aliud est esse servum, aliud esse in servitute, §. *ult. de ingen. Lib. I.* Proprie *possidet*, qui nomine suo possidet: *in possessione est*, qui rem tenet nomine alieno, ut colonus, inquilinus, depositarius, commodatarius, procurator, *d.* §. 5. (e), *L. generaliter* 9., & *L. quod meo* 18. *de adq. poss.* Porro quam quisque possessionem corpore & animo semel est nactus, eam is animo solo retinet, *d.* §. 5., L. *possideri* 3. §. 1., L. *clam* 6. §. *ult. eod. tit.*, ut solo animo amittit. Paul. *d. L.* 3. §. 6. Obstat idem Paulus in L. 8. *eod.*, & in L. 153. *de R. J.* (f) *Ut nulla possessio adquiri nisi animo & corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est*. Sed scite ac vere Contius I. *Disp.* 11. possessionem inquit solo animo amitti: quod vero corpus invito animo possidere nihil potest, ac sui natura debet animi motum sequi, eum, qui possidendi animum deponit, videri animo solo desinere simul & corpore possidere, quamvis corpore adhuc incubet rei. Ita utrumque in contrarium agitur: alterum expresse, ac principaliter: idque agitur animo: alterum tacite & per consequentiam: idque intelligitur corpore agi. Quae alia alii commenti sunt, ea collegit Nicolaus Genoa *Concil. LL. p. m.* 288. Disputata de possessione inter Proculianos & Sabinianos, me tradidisse memini in §. 5. *per quas pers. cuiq. Lib. II.* Ad recuperandam possessionem propositum est interdictum *unde vi*, quo vi dejectus de possessione rei soli ab eo, qui dejecit, restitui sibi postulat possessionem, quamvis vi, clam, aut precario possideat ab adversario: adeo inimica juri vis est, §. 6. *h. t.* In iis Ulpiani in L. 1. §. 3. *de vi & vi arm.*, *Non alii, quam ei, qui possidet, interdictum unde vi competit*, pro *possidet*, certe legendum, *possedit*, cum Grotio *flor. sparf. ad D.*, & Rutgers. *Var. lect. VI*, c. *ult.* Qui nondum coeperat possidere, ac possessionem ingredi prohibetur, agere injuriarum potest, non interdicto, *d. L.* 1. §. 26. De Tul-

(e) *Trib. hoc eod.* §. esse in possessione *eum inquit, cujus nomine alius in possessione est: adeo est immemor sui.*

(f) *Utrobique eadem verba sunt. Bene multa istiusmodi geminationum exempla collegit Pardulphus Pratejus Jurispr. med. Lib. I.*

Tullio, qui *Orat. pro Caecin.* in contrarium disputat, v. meas *jur. Obs. V*, 11: Pertinet autem hoc interdictum ad eos tantum, qui de solo dejiciuntur, i. e. de fundo, aedificio, area, & generaliter de re solo cohaerenti, ac proinde etiam de insula superficiaria, *d. L.* 1. §. 3. 4., & 5. Illud singulare est in hoc interdicto, quod dejecto detur, licet hic eum dejecerit, cum quo experitur: idque, si quis publica seu armata vi dejiciatur, exploratissimi juris est, *L. sed si* 14. *eod.*; at secus esse de dejecto privata seu quotidiana vi, contendunt Duarenus *Disp. II*, 20., & Cujacius in *Paul. Sent. V*, 6., & *Obs. VI*, 4., quibus subscribo eo maxime argumento motus, quod Pomponius in *d. L.* 14. de armata vi loquatur. Ergo hoc discrimine accipienda sunt generalia Triboniani verba in *d.* §. 6. Subdit Trib., *Sed ex Constitutionibus sacris* (in *L.* 5. & *L.* 7. *C. unde vi*) *ut supra diximus* (in §. 1. *de vi bon. rapt.*) *si quis rem per vim occupaverit, siquidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur: si aliena, post ejus restitutionem etiam aestimationem rei dare vim passo compellitur*. Idem de eo cautum, qui rem mobilem suam, alienamve rapit per vim, *d.* §. 1. Tribonianeum illud, *Sed ex Constitutionibus*, perinde accipiendum, quasi scriptum sit, *sed & ex*, ut in *L. sed & si* 5. §. *ult. ad L. Aquil.* junct. *L. item quaeritur* 13. §. 4. *D. locat.*, & alibi. V. Cujac. *Obs. XXV*, 10., & Marc. a Lyclama *Benedict. IV*, 14. Et vero Principales Constitutiones non mutant jus vetus, sed addunt poenam. De vi publica dicendum *tit. ult. h. Lib.*

§. VII. Demum interdicta aut *simplicia*, aut *duplicia* sunt. Simplicia sunt omnia restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoriorum quaedam simplicia quaedam duplicia sunt, *L.* 2. *h. t.* Simplicia esse ait Trib. *h.* §., in quibus alter certo est actor, alter certo est reus: duplicia vero, in quibus neuter litigatorum certo est actor, reusve, sed *unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet*, ut in interdicto *uti possidetis*. In simplicibus Praetor unum adloquebatur, ut in interdicto *unde vi*, *L.* 1. *de vi, & vi arm.*: in duplicibus utrumque, ut in interdicto *uti possidetis*, *L.* 1. *D. uti poss.*: atque hinc fortasse *simplicium*, ac *duplicium* interdictorum nomen.

TITULUS XVI.

De poena temere litigantium.

QUum caritatem, commune civitatis vinculum, maxime lites laedant, Romanis praeter ceteros curae id fuit, ut quam paucissimae essent: quod curare legislatorem oportere, monet Aristoteles *Polit. VI*, 5: Hinc ne esset impune temerarias lites inferre, aut suscipere, actorem jubebat Praetor *sacramento quincenario quaerere*, h. e. quincentos apud Pontificem deponendos a reo stipulari, ni ita se res haberet, ut ipse ajebat: reumque vicissim sacramento contendere, ac restipulari. Var. *De L.L. V*, 36., Fest. v. *sacramentum*, Sigon. *De judic.* I, 21. Raevard. *Var. V*, 10. Hoc Tit. tres proponuntur coërcendae temeritatis litigatorum modi.

Primus est religio jurisjurandi, Constitutione Justiniani in *L. 2. C. de jurejur. propt. cal.* primum actor, tum reus, demum partis utriusque advocati *in omnibus litibus* (subaudi, *pecuniariis*; uti rectissime J. a Costa) post contestationem jurare de calumnia compelluntur. Jurat actor, se non calumniandi animo, sed opinione bonae caussae litem movisse. Jurat reus, opinari se *bona instantia uti*. Triboniano *instantia* est, quae Graecis ἔνστασις, Latinis Rhetoribus *depulsio*, seu inficiatio. Fere in eandem sententiam jurant advocati: quod postremum antea etiam sanxerat Justinianus in L. 14. §. 1. C. *de judic.* Numnam igitur istius jurisjurandi auctor Justinianus? Hanc Giphanio, aliisque non paucis opinionem injecit Trib. §. 1. *h. t.*, ac *d.* L. 2. At vero jurisjurandi de calumnia testes sunt Paulus *Sent.* II, 12., & in L. *inter* 44. §. 4. *fam. erc.* (quam non esse a Triboniano confictam, interpolatamve, ostendi *obs. V*, 13.) itemque Paulo antiquior Seneca *Contr.* III. 19.: nisi quod ante Justinianum actor solus jurabat, & in quibusdam tantummodo caussis, ut apud Paul. *Sent. II*, 12., & Ulp. in L. *qui bona* 13. §. 3. *de damn. infect.* (in plerisque enim nuda repromissione cavebat, se, nisi vicisset, decimam partem ejus, quod petebat, daturum reo; unde *repromissionis remedium in Fragm. Cod. Hermog. tit. de calumniat.*: atque id veniebat in veterem calumniae actionem ex stipulatu, quae jam ante Justiniani tempora desueverat) Justinianus autem utrique parti, & in omnibus civilibus caussis jurisjurandi istius imposuit necessitatem, jusjurandum illud, obligationemque inferendi adversario damnum, & impensas substituens veteri calumniae actioni, *d.* §. 1. Sed mox actorem expensarum nomine cavere de decima jussit satisdato, vel jurato, *Nov.* 112. *c.* 2. Secundus modus est poena pecuniaria in iis caussis, ex quibus *adversus reos inficiantes dupli, vel tripli actio constituitur*, *d.* §. 1. Vid. dicta in §. 26. *de act.* Caussae, ex quibus *statim ab initio, sive neget, sive fateatur reus pluris quam simpli est actio, veluti, furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli*, huc non pertinent. Inficiatione est opus. Sed quo spectat τὸ *vel tripli* apud Tribonianum? Num ad actionem furti oblati, ut suspicatur Cujacius, an, ut alii, ad actionem adversus eum, qui majorem vera aestimatione quantitatem inseruit in libellum conventionis secundum ea, quae dicta sunt in §. 24. *de act.*? Neutrum dici probabiliter potest. Prior illa jam ante aevum Triboniani abierat in desuetudinem; Tribonianus autem de ea actione loquitur tanquam de re praesenti: utraque erat quidem in triplum, sed non in triplum crescebat per inficiationem. Certo ergo τὸ *vel tripli* insititium est, namque a multis veteribus Institutionum Libris, & a plerisque Theophili exemplaribus abest: nec ullus porro est locus juris, qui litis ob inficiationem crescentis in triplum faciat indicium. Tertius modus est infamia, veluti si quis furti, bonorum raptorum, injuriarum, doli mali, tutelae, mandati, depositi, aut pro socio damnetur, §. 2. *h. t.* Quorsum haec? Agendum Triboniano erat de infamia, temere litigantium poena, sicque de infamia actorum calumniae damnatorum, depactorumve de calumnia, de quibus in L. 3. §. 2. *de calumn.* In propositis

judi-

judiciis rei, non actores, fiunt infames: nec quod temere litigant, infames fiunt, sed quia ipsa judicia famosa sunt. Sed Tribonianum sequamur. Octo ista judicia in exemplum proponi, argumento est τὸ *veluti*. Esse & alia itidem famosa, constat ex L. *notatur* 1. & *seqq. de his, qui not. inf.*, L. 1. *de sepulc. viol.*, & L. 12. *D. ex quib. caus. inf. irrog.* Jam octo illorum judiciorum non una est ratio. Et primum quidem in quatuor prioribus non modo damnatum, sed etiam pactum sequitur infamia, si cum pretio quantocumque sit pactus, L. *athletas* 4. §. 6. & L. *furti* 6. §. 3. *de his, qui not.* Cur non idem de quatuor posterioribus est cautum? Quia haec ex contractu sunt, illa ex delicto: plurimum autem interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit. Qui de crimine paciscitur, fatetur crimen, L. *quoniam* 5. *eod.*, proinde damnati loco est, L. 1. *de confessis*: at vero qui de famosa ex contractu actione paciscitur magis videtur de eo pacisci, quod interest adversarii, quam ullum dolum suum fateri, *d.* §. 2., & L. *in actionibus* 7. *de his, qui not.* Deinde tutelae, mandati, depositi damnatus tum demum infamia notatur, si *directis*, non si *contrariis* actionibus cum eo sit actum, *d.* §. 2.; namque, ut bene Ulp. *d. L.* 6. §. *ult.*, *in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo*. Pro socio actionem ab utraque parte directam esse, jam tradidi *Lib.* III. *p.* 74. & 160. Vides, quatuor tantum bonae fidei judicia famosa esse. Cur Praetor tantum ista comprehenderit Edicto apud Justian. in *L.* 1. *eod.*, ratio videtur haec, quod tantum in istis sub specie amicitiae peccatur: quo vix quidquam gravius. V. Tull. *pro Rosc.* c. *XL*, & Alciat. *Parerg.* II, 36. Vides quoque, in quatuor istis judiciis infamiam ex dolo nasci. Cocceius, qui nasci eam putat etiam ex culpa, tota re errat. V. meas *jur. Obs.* I, 3. Fugitivus videtur §. 3. *h. t.*, ubi omnium actionum instituendarum principium proficisci dicitur ab ea Edicti parte, qua Praetor edicit de in jus vocando. Quid hoc habet commune cum poena temere litigantium? Plane nihil. At certe pertinet ad *h. t.*, quod continuo subdit Trib., adversus eum qui parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni, patronae sine permissu Praetoris in jus vocat, quinquaginta aureorum judicium dari: qua de re dictum *h. Lib. p.* 253. Temere facit, qui sine venia Magistratus vocat in jus eum, cui reverentia debetur: haecque temeritas quinquaginta illis aureis multatur. Jam ex eo, quod ait Trib., actionum instituendarum principium esse vocationem in jus, confici videtur posse, primum fuisse reos in jus vocatos, tum editam actionem: idque confirmant quum duo Plauti loca *Aulul.* IV, 10. 30., *Pers.* IV, 9. 8., tum illud, quod Tribonianus in *D.* titulum *De in jus vocando* praevertit titulo *De edendo*. At contra in *Codice* praeit titulus *De edendo*: qui item praeibat in Edicto perpetuo. Cujac. *Parat. Cod. de edend.*, & *Obs.* X, 10. In rem videtur locus Terentii *Adelph.* II, 1, 41. Rectissime J. a Costa arbitrium inquit fuisse actoris, num vellet primum vocare, tum edere. Fortasse honestiorum mos fuit primum edere: quod fecit Æschines apud Terent. l. c. Sed etiam quum praeit editio, instituendae actionis principium ab

in jus vocatione petendum est, namque tum demum proprie dicitur coepisse actio institui, quum reus in jus vocatur.

TITULUS XVII.

De officio Judicis.

PR. Tit. De officio *judicis*, quo vocabulo proprie significatur judex datus, seu *pedaneus*, libri extabant Gellii aevo Graece ac Latine scripti. Gell. Noct. XIV, 2. Sed postquam ipsi Magistratus judicare jussi sunt, *L. 2. C. de pedan. jud.*; quae *h. t.* proponuntur, ea spectant omnia etiam ad Magistratus. Officium judicis exponit *h. t.* Trib. sex propositis exemplis: principio autem ita praefatur, *Observare debet judex, ne aliter judicet, quam Legibus, aut Constitutionibus, aut moribus proditum est*. Athenis judices ex instituto Solonis in quavis caussa non ante pronunciabant, quam jurassent in Leges. Meurs. in *Areopag. c. XI*, Joach. Steph. *de jurisdict. vet. Graec. c. X.* Romae etiam in Leges juratum, & fortasse imitatione Graecorum. Jurabant Judices, non item Praetor; sed hic tamen forte praeibat verbis. P. Fab. *De Magistrat. Rom. sub fin.*, Pollet. *Hist. for. Rom. V*, 7. Vetus jusisjurandi illius formula non extat. Jurasse eos, se *ex animi sententia* judicaturos, pulcre docet Cujac. *Obs. I*, 21. Jus vetus confirmavit, produxitque longius Imp. Justinianus imposita *omnibus judicibus*, quum *minoribus*, tum *majoribus* illius jurisjurandi necessitate, L. 14. *C. de judic.* Quae sint partes judicis in interpretando jure, distincte docet Vinnius *Select. I*, 2.

§. I. **Judex** *noxali judicio* (a) *addictus*, si condemnandus videatur dominus, disjunctive proferre sententiam debet in hunc modum, *P. Maevium L. Titio in decem condemno, aut noxam dedere*. Disjunctive concepto libello disjunctive prolata sententia recte respondet. Sed v. dicta *h. Lib. p.* 289.

§. II. In speciali in rem actione, qua res singulae petuntur, quaeque proprie dicitur *rei vindicatio*, *L. 1. de rei vind.*, debet judex, si contra petitorem *judicaverit*, h. e. si crediderit non esse pronunciandum secundum id, quod ille intenderat, *absolvere possessorem*: si contra possessorem, *jubere (b) ei, ut rem ipsam restituat cum fructibus*, §. 2. *h. t.* Quod

(a) *Vulgo legitur* aditus, *pro quo Brissonius De V. S. v.* addici, *& Cujac. in L. quum furiosus 39. de judic. ad Lib. III. Quaest. Papin. reponunt* addictus. *Judicis* addicti *frequens mentio est in Pandectis, maxime Florentinis. Fuit* addico *unum ex tribus solennibus verbis Praetoris: hicque* addicebat *etiam quum dabat judicem. Arbitrum, qui sumitur ex compromisso, proprie dici* aditum, *ut in L. 1. C. de recept. & qui arb., docet Cujacius ibid.*

(b) *Alicubi est* eum: *quod malunt nonnulli, quasi grammatica ratio omnino sic postulet. Sed & idem Trib. h. Lib. §. 1. de fideic. her. Augustum scribit* jussisse Consulibus: *& ne id ei vitio detur, facit auctoritas Taciti Annal. XIII, 33. & 40.*

Quod rei vindicatio arbitraria actio est, §. 31. *de act.*, scite ait Trib., debere judicem *reo jubere, ut restituat*. Id praeire condemnationem necesse est: re non restituta condemnatio sequetur: quod multis enarravi *h. Lib. IV. p.* 266. Eaedem sunt partes judicis in actione ad exhibendum, §. 3. in fin. *h. t.*; namque haec est itidem arbitraria, *d.* §. 31. V. dicta *h. Lib. p.* 267. & 268. Contra in actione in rem, quae de universitate proponitur, & *petitio hereditatis* proprie appellatur, *tit. D. de her. pet.*, judex reum statim condemnat, nam bonae fidei actio est, non arbitraria, §. 28. *de act.* Rem esse inquit Trib. *d.* §. 2. restituendam *cum fructibus*. Sed plus sensit, quam scripsit. Restituenda res est non cum fructibus solum, sed & *cum omni caussa*, i. e., ut loquitur Gajus in L. *praeterea* 20. *de rei vind.*, cum omni, eo quod *petitor habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur*, h. e. si litis contestatae tempore *restituta illi res fuisset*. Ergo si petitus sit servus, restituenda sunt etiam legata, & hereditates, quae accepto judicio per eum obvenerunt, aliaque id genus, *d. L.* 20. Ita quod Jurisconsulti dicunt *rei caussam*, recte dixeris *commoda rei externa*. Quod de actione in rem agens tacuit Trib., non tacuit agens de actione ad exhibendum. Opus esse ait *d.* §. 3., ut eo judicio damnatus *etiam rei caussam exhibeat, i. e., ut eam caussam habeat actor, quam habiturus esset, si quum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset*: porro addit ex L. *Julianus* 9. §. 6. *ad exhib.* rei caussam & hoc continere, ut si post acceptum judicium & *inter moras exhibendi usucapta sit res a possessore*, nihilominus hic condemnetur: quod idem in rei vindicatione tradit Gajus in L. *si post* 18. *de rei vind.* Usucapionem a bonae fidei possessore coeptam contestatione litis non interrumpi, docet Trib. Sed hoc vetus jus erat, *d. L.* 9. §. 6., ac *d.* L. 18.: jure novo litis contestatione interrumpitur, quin etiam oblatione libelli, L. 2. & 3. *C. de annal. except.* Sed & jure veteri usucapio inter judicii moras impleta victo non proderat, quasi per litis contestationem interrupta: qua de re v. Wisenbach. *in tit. D. de usurp. num.* 13. Quod pertinet ad fructus, si speciali in rem actione sit actum, bonae fidei possessor tantum extantes praestat, *L.* 22. *C. de rei vind.*, perceptos *ante judicium*, h. e. ante litis contestationem lucratur, (a) *si eos consumsit*, L. *sed & loci* 4. §. 2. *fin. reg.*: at vero *praedo*, i. e. malae fidei possessor de *omnibus* tenetur, h. e. quum de consumtis, tum de non perceptis, qui tamen *percipi honeste potuerunt*, L. 22. *C.*, & L. *fructus* 33. *D. de rei vind.* Contra in petitione hereditatis quum malae, tum bonae fidei possessor de consumtis tenetur: nisi quod hic quatenus locupletior factus est, tenetur: ille eos etiam fructus praestat, quos debuit percipere, L. *sed & si* 25. §. 4. & 11., L. *illud* 40. §. 1. *de her. pet.* In iis Triboniani *d.* §. 2., *Illorum fructuum, quos culpa sua possessor non percepit, sive illorum, quos perceperit, in utraque actione* (i. e. speciali, & universali) eadem

(a) *Cur ait Jurisconsultus*, si consumsit? *Eccur Trib.* §. 2. *h. t. scribit, h. s. possessorem* consumtos *tantum fructus lucrari*? *V. dicta Lib. II*, *p.* 214.

eadem ratio pene habetur, quo spectet τὸ *pene*, ambigitur. Ego, quoniam continuo subdit Trib., *si praedo fuerit*, quaerendum esse ajo discrimen inter unam, & alteram actionem, quantum ad fructus, eo tantum casu, quo quis est malae fidei possessor. Quas differentias proponunt interpretes Triboniani, eae sunt quidem verae, sed non propriae ejus casus: neque ego ullam ejus propriam inveni; parumque abest, ut credam τὸ *pene* a Triboniano adjectum supervacuo, & potius ad ornatum: quod alibi ab eo factum, Theophilus, ac Muretus adnotarunt. V. dicta *Lib.II.p.* 216., & *Lib. IV. p.* 236. Post contestatam litem, quin *post inchoatam petitionem*, ut loquitur Trib. ibid., h. e. *post motam controversiam* (*d.L.* 25. §. 7. *de her. pet.*) omnes possessores incipiunt malae fidei esse, *d.§.*2.

§. IV. usque ad VII. In familiae ercifcundae, & communi dividundo actionibus debet judex res communes ex aequo partiri, & singulas singulis adjudicare. Quod si vero res aut nullo modo possit dividi, aut saltem *commode non possit*, *veluti si homo forte aut mulus erit*, *de quo actum sit*, tunc tota uni adjudicanda est, isque alteri in certam pecuniam condemnandus, §. 4., & 5. *h. t.*: quodque de re una, vel certis quibusdam rebus, idem jus est de omnibus, *L. si familiae* 55. *D. fam. erc.* Impares rerum adjudicationes pecuniae datione aequarunt Romani Jurisconsulti. Apud Tullium *ad Att. XI*, 15. minor pars licitatione *expletur*, in quem locum v. Manut. Dido apud Virg. *Æneid. I*, *v.* 512. sorte dirimit controversiam. Pro iis *veluti si homo* in §. 5. *h. t.* malunt nonnulli *vel si*. Qui legunt *veluti*, hominem referunt ad id genus rerum, quae dividi commode nequeunt: qui *vel*, hominis, mulive exemplo eas res demonstrari arbitrantur, quae dividi prorsus non possunt. Et vero in Libris juris *individuum* dicitur non solum cujus nullae sunt partes, qualis est usus; sed id etiam, quod si diviseris, *perdes*, ut consultori volenti navim dividere respondit Cascellius Jurisconsultus apud Quintil. *Inst. Orat. VI*, 3. Talia sunt homo, mulus, navis &c. V. Melch. de Valent. *Divid. & individ. obl. tract.* 4. *cap.* 3. In judicio finium regundorum dirimendi a judice sunt fines, L. 2. §. 1. *D. fin. reg.*: porro qui *circa fines aliquid malitiose commisit*, veluti lapidibus, arboribusve terminalibus furto subtractis excisisve: item qui *jubente judice metiri agros* per contumaciam *passus non fuit*; eodem judicio condemnandus est (§. 6. *h. t.*) uterque civiliter, puta quanti interesit adversarii: & vide, ne quod *cit.* §. dicitur de condemnando eo, qui terminos movit, perinde accipias, quasi qui de finibus civiliter cognoscit, possit etiam cognoscere de crimine, & extra ordinem animadvertere secundum ea, quae scripta sunt in *L.* 2. *D. de term. mot.* Qui de crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere potest, non contra, *L. sed & loci* 4. §. 4. *fin. reg.* Jus dicendae multae, quae solennis poena contumaciae est, Magistratibus, non judicibus pedaneis datum. V. Brisson. *Antiq. III*, 4. In finium regundorum judicio, quoniam non de re communi dividenda agitur, sed de re, quam quisque suam esse ait, uno casu *ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari*, huncque illi *certa pecunia condem*-

na-

nari, necesse est, si *amovendae veteris obscuritatis gratia* commodius videatur *evidentioribus finibus agros distingui*, *d.* §. 6., *d. L.* 2. §. 1., & L. 3. *eod.* Jam quod tribus istis judiciis alicui fuerit adjudicatum, id statim ejus fieri, cui adjudicatum est, scribit Trib. §. 7. *h. t.* Adjudicatio est civilis modus dominii adquirendi. Ulp. *Fragm. XIX*, 16. Ergone judicis sententia dominum facit? Qui sic sentiunt, certe errant. Sententia declarat, jus alicui competere, non dat illi jus, *L. sicut* 8. §. 4. *si serv. vind.*: unde judicati actio non in rem est, sed in personam. Fabr. *De err. XCIV*, 7. Tantum in tribus istis judiciis dominium judex facit, quia in istis tantum *adjudicat*, in aliis simpliciter judicat, h. e. jus competere declarat. In tria ista judicia etiam personales praestationes venire, traditum est *h. Lib. p.* 230. & 231.

TITULUS XVIII.

De publicis judiciis.

PR. Tit. §. I. & II. Hactenus de jure privato, de quo erat agendum his Libris: ecce nunc tibi particulam juris publici. *Magnam* esse inquit Trib. *pr. h. t.* publicorum, privatorumque judiciorum *diversitatem & in instituendo*, *& in exercendo*. Fastidiosior, quam par est, styli Triboniani censor Hotomanus notat, *Non institui*, *sed constitui judicia proprie dicebantur*. At vero *litem*, & *judicium instituere* ajunt Papinianus ac Tryphoninus in *L. nam & si* 15. §. 1., ac *L. filius* 22. §. 3. *de inoff.* Et rectissime committit Trib. duo illa *instituere*, & *exercere*, uti Triphoninus in *d. L.* 22. *instituere*, & *peragere*, ac Papin. in *d.* L. 15. *litem instituere*, & *in ea perseverare*. Judicium *instituimus*, quum inchoamus, *exercemus*, quum perseveramus in eo. Jam alterum ab altero judiciorum genere his maxime distabat. In privatis judiciis tantum is poterat experiri, cujus ex privata caussa intererat: in publicis *plerumque cuivis ex populo exequutio*, i. e. jus accusandi *dabatur*, §. 1. *h. t.*, nam videtur cujusvis interesse, quod publice interest. Haec differentia stat adhuc. Τὸ *plerumque* a Triboniano adjectum magis propter adulterii, & suppositi partus crimina, de quibus certae tantum personae accusant, L. *quamvis* 30. *C. ad L. Jul. de adult.*, & *L. Lege* 30. §. 1. *D. ad L. Cornel. de fals.*, quam propter eos, quibus generaliter *accusandi publico judicio non est potestas*, uti Ulp. loquitur in *L. palam* 43. §. 10. *de rit. nupt.* (De his v. *L. qui accusare* 8. & *seqq. D. de accusat.*) namque, ut bene A. Matthaeus in *Lib. XLVIII. D. tit.* 1. *c.* 1. *n.* 3., tacite hoc inest orationi Triboniani, ut ita demum cuivis e populo accusatio deferatur, si non Lege jus accusandi ademtum sit. Porro publicorum judiciorum proprium id erat, ut accusaturus inscriberet, subscriberetque in crimen, maxime si quod (a) gravius erat vindicandum. Inscribebat, quum scripto profitebatur, se hunc illumve ex hac eave Lege reum deferre, L. 3. *pr. de accusat.* Item subscribebat is libello inscriptionis, quem dabat, se professum esse, vel si literas nesciret, alios pro eo, *d.* L. 3. §. 2.: ac ne quis facile prosiliret ad accusationem, eadem subscriptio-

(a) *V. A. Matth. in Lib. XLVIII. D. tit.* 13. *cap.* 6. *n.* 9.

ptione cavere debebat, se, si calumniae fuisset convictus, *reciproci*, h. e. *talionis* poenas daturum, L. *si cui* 71. *pr. D.*, & *L. ult. C. de accusat.*, *L.* 2. *C. de exhib. reis.*: ac praeterea *perseveraturum* se *in crimine*, i. e. in accusatione usque ad sententiam *d.* L. 7. §. 1. Hanc quoque differentiam ab Justiniano retentam, laudati *D.* & C. loci commonstrant. Denique, ut quae de utroque judiciorum genere instituendo, exercendoque fusissime persequitur Sigonius *De judiciis*, properans percurram, in privatis judiciis Praetor, ut erat Edicto comprehensum, aut ipse jus dicebat extra ordinem, aut judicem dabat, arbitrumve, utrumque hominem privatum, vel recuperatores, privatos itidem homines, quorum sententias is demum exequebatur. At vero publicis judiciis, seu *quaestionibus* praefuere initio Reges, tum Consules, postremo sive Dictatores, sive Consules, sive Praetores. Nunquam, si modo Regia, itemque prima Reip. tempora excipias, *Quaesitori* datum, ut de crimine quaereret solus. Ei aderat *Judex quaestionis*, non quidem Magistratus, qualem putavit Sigonius *De judic. II*, 5. Marciani testimonio refellendus ex L. 1. *pr.* & §. 2. *ad L. Cornel. de sicar.*, sed homo tamen aliquo honore functus, ut plurimum Ædilitate, quod pulcre adstruit idem Sigonius ibid.: aderant & alii judices magno numero, quos Quaesitor, Judexve quaestionis sortiebatur, interdum etiam accusator & reus suo ipsi arbitrio edebant. Quaesitore in sella curuli sedente, adsidentibusque judicibus caussa cognoscebatur quandoque una tantum actione, quandoque etiam altera post diem tertium, quae *comperendinatio* dicta est. Cognita caussa Quaesitor judices *mittebat in consilium*, h. e., ut interpretatur Asconius in *Verrin. III.*, *ad dicendam sententiam dimittebat*. Tum judices acceptis tabellis sententiam ferebant in levioribus caussis *palam*, h. e. eam de tabula pronunciantes, in gravioribus *clam*, h. e. tabellam sive absolutionis, sive condemnationis, sive ampliationis immittentes in urnam: demum Quaesitor diremtis tabellis sententiam pronunciabat. Quod cuivis e populo in judiciis istis liceat accusare, ex eo dici publica scribit Trib. *d.* §. 1. Rectius Hotomanus, quod publica sint, ideo cuivis accusandi jus esse ait, quemadmodum quia publicus est locus, idcirco aditus ad eum patet cuique, non contra: ea autem dici publica, quod quae iis vindicantur crimina, universam laedere Remp. videantur. Sed non hoc uno publica appellantur, quod cuivis liberum est accusare: duo itidem alia concurrant, necesse est, alterum, ut veniant ex Legibus judiciorum publicorum, L. 1. *de publ. jud.*: alterum, ut ea spectent ad publicam vindictam. Ita publica judicia facile definies, ab iisque separabis actiones *populares*, quae licet pariter, ut illa, cuivis e populo dentur, L. 1. & 2. *de act. popul.*, tamen ex Edictis veniunt, non ex Lege aliqua publicorum judiciorum §. 1. *de obl. quae quasi ex delict.*, nec tendunt alio, quam ad multae dictionem actori inferendae. A publicis judiciis multo propius aberant *judicia populi*, quae non Quaesitor cum consilio judicum, sed populus ipse in comitiis exercebat. V. Sigon. *De judic. Lib. III.* Publicorum judiciorum quaedam *capitalia* sunt, quaedam *non capitalia*, §. 2. *h. t.*, & L. 2. *eod.* Dicuntur capitalia, quae poenam capitis irrogant, i. e. mortis, vel amissionis civitatis, Id so-

fonat hoc loco *caput*. Alias est existimatio, L. *licet* 103. *de V. S.* Dicuntur non capitalia, quae alias ab utraque illa poenas imponunt, puta *aliquam in corpus coercitionem*, *d. L.* 2., aut aliquam *infamiam cum damno pecuniario*, *d.* §. 2.: quod non est ita accipiendum, quasi capitali judicio damnatum non sequatur infamia. In quovis judicio publico sententia facit infamem, L. 7. *h. t.* Jam Trib. octo capitalia crimina proponit.

§. III. Primum est crimen *majestatis*, quod Ulpianus in *L.* 1. *ad L. Jul. majest.* committi scripsit *adversus Populum R.*, *vel securitatem ejus*, quasi summa potestas, quae jamdiu abscesserat a populo, adhuc penes populum esset. Ita Imperatores ut ut potentiae securi antiquam populi majestatem verbis servabant. Verius Trib. §. 3. *h. t.* eos esse inquit majestatis reos, qui *contra Imperatorem*, *vel Rempublicam aliquid moliti sunt*. Hujus criminis duo facit genera Ulp. in *L. is qui* 11. *eod.*, unum, quod dicitur *perduellio*: alterum, quod crimen majestatis in specie vulgo appellatur. Ad solam perduellionem spectasse videtur Trib. adscriptis modo verbis, quibus respondent illa Ulpiani, *Qui perduellionis reus est*, *hostili animo adversus Remp. vel Principem animatus*. Majestatis crimen in specie est summae potestatis jura laedere alio animo, quam hostili, *d. L.* 11., puta, lucri studio monetam cudere, vel, ut exemplo utar Venuleji in *L.* 6. *D. eod.*, *statuas Imperatoris jam consecratas conflare*. Atrocissimum istud crimen, quod *sacrilegio proximum* dicit Ulp. *d. L.* 1., multae Romanorum Leges vindicarunt, quas enarrat Sigonius *De judic.* II, 29. In Pandectis, ac *d.* §. 3. mentio est tantum Legis Juliae majestatis sub Augusto perlatae. *Hujus* poenam esse inquit Trib. *animae*, i. e. vitae amissionem, memoriaeque damnationem post mortem. Tò *hujus* refer ad *τὸ aliquid moliti sunt*, quod proxime praeit, sicque ad crimen ipsum: aut si malis ad L. Juliam referre, sic habe, spectasse Tribonianum ad *L.* Juliam, qualis erat suo aevo. Consuevere veteres Jurisconsulti, hosque imitatus Tribonianus, quae in antiquis Legibus postera aetas mutavit, ad Leges ipsas perinde transferre, quasi fuissent iis initio comprehensa. Exempla sunt in §. 4. & 5. *h. t.* Legis Juliae poenam habet apud Paulum *Sent. V*, 29. *His* (puta, reis majestatis) *antea in perpetuum aqua & igni interdicebatur*: ubi *τὸ antea* certo spectat ad tempora ejus Legis; namque eam poenam Lege Julia C. Caesaris irrogatam, scribit Cicero *Phil.* I, 9.: eadem sub Tiberio stabat, teste Tacito *Annal.* III, 50., nec fuisse eam vel ab Augusto, vel a Tiberio mutatam, usquam est scriptum. At postera aetas poenam intendit, *Nunc vero* (subdit Paulus) *humiliores bestiis objiciuntur*, *vel vivi exuruntur*, *honestiores capite puniuntur*: atque hoc est, quod ait Ulp. *d. L. ult.*, majestatis reum non alias *crimine liberari*, quam *morte*. Quod addit Ulpianus, deteriorem esse perduellis conditionem, quam rei majestatis, ex eo explicandum, quod de memoriae damnatione ait hic Trib. Majestatis reus morte punitur: si quis vero sit perduellis, hoc plus memoria ejus etiam post mortem damnatur: quod M. Manlio, atque aliis contigit. Forner. *Rer. quot.* II, 17. In quem modum Romae olim memoria damnaretur, tradit idem Fornerius ibidem. De perduellione loqui Tribonianum, suprascripta ejus verba sat probant. Sed & idem praeclare confirmant veteres quaedam membranae, ubi pro

τῷ *memoria rei* legitur *memoria tyranni* : quo postremo verbo significari perduellem, monstrat Titulus *C. Th. de infirm. his, quae sub tyrannis*. In *L. quisquis 5. C. eod.*, quae in filios etiam damnatorum severissime statuit v. J. Gothofredi Commentarium, quem ille *Discursum historicum* minus latine inscripsit.

§. IV. Secundum est *adulterium*. Jus viro fuisse ex Lege Romilia uxorem apud cognatos adulterii convictam non dote solum, sed & ultimo supplicio multandi, docet Lipsius *Excus. ad Lib. IV. Annal.* Taciti. De masculis adulteris nihil certi cautum antiquis Legibus Romanorum. Moris fuisse, constat ex Plauto *Curcul. I*, *r.* 88., *Mil. glor. V*, 5. 2., ac Terentio *Eunuch. V*, 4., ut iis in facinore deprehensis abscinderentur virilia, dicta Latinis *vasa*, Plaut. *Poenul. IV*, 2. 41., quo sensu *vasculum* Petronius in *Satyrico*, ac *bene vasatos* dixit Lampridius in *Heliogab.* Certa sub Augusto de adulteriis perlata Lex est, quae dicitur *Lex Julia de adulteriis coercendis* : quo spectant notae illae apud Val. Probum *L. I. D. A. C.* Multa fuere Legis Juliae capita, quae collegit fere omnia Brissonius *Libro singulari*. Ea actum inquit heic Trib. non solum de adulteris, quos *alienarum nuptiarum temeratores* perbelle vocat, sed & de paediconibus, ac de virginum, viduarumve honeste viventium stupratoribus, quos appellat (a) *peccatores* de more Latinorum : quod Horatii ac Martialis fide adstruit Cujacius in h. loc. Porro ait Trib., Lege Julia adulteros & paedicones gladio punitos : stupratores autem seu virginum, seu viduarum honeste viventium, si *honesti* essent, publicatione partis dimidiae bonorum : si *humiles*, coërcitione corporis cum relegatione. In Libris juris, ubi de poenis agitur, *honesti* sunt nobili genere orti, quive aliquo honore funguntur : *humiles* vero, qui vili sunt genere, nec ullum honorem gerunt, *L. ult. de sepulcr. viol.*, *L. si quis* 38. §. 3. *de poen.*; unde in *L.* 1. §. *ult. de effract. honesto* opponitur *plebejus* : nec ulla caussa est, cur Hotomanus, & Vinnius ea vocabula aliter accipiant hoc loco. Ecce autem Tribonianus adscribit Legi Juliae, quod longo post tempore primum accessit. Romae adulteros numquam morte punitos, scribit Augustinus *De civ. Dei III*, 5. Ipse Legis Juliae auctor Augustus filiam & neptem adulteras *urbe depulit*, Tacit. *Annal. III*, 24.; ac ne putes, eum mitius egisse cum suis, facit exemplum Ovidii, quem ille eo nomine *patriis jussit abesse focis*, ut ipsa Ovidii verba usurpem *Trist. V*, 11. 22.: facit iidem quod Tacitus subdit, Augustum filiae ac neptis adulteros *morte*, *aut fuga* puniviste, *clementiam majorum*, *suasque ipsum Leges* (i. e. L. Juliam) *egressum*. Idem probant nonnulli Pandectarum loci; maxime L. *si quis* 5. *de quaest.*, ubi viduae, nuptaeve sibi cognatae corruptorem *in insulam esse deportandum*, scribit Marcianus, *quia duplex crimen est*, *incestum*, *& adulterium*. Ergo simplex adulterium relegatione sola vindicabatur. V. Cujac. *Obs. VI*, 11., & J. Goth. in *L.* 4. *C. Th. quor. appell. non recip.* (b) Processu temporis adulteri morte damnati. In L. 30.

(a) *Vulgati Inst. Libri habent* stupratoribus : *Contii*, *& Charondae MS.* peccatoribus. *J. Baptista Pius Adnot.*, *c.* 53. *apud Grut. Thes. crit. tom.* 1. *legens* paedicatoribus *ipso orationis contextu satis refellitur*.

(b) *In L. transigere* 18. C. *de transact.*, *ubi adulterii crimen capita-*

30. §. 1. *C. ad L. Jul. de adult.* sub nomine Constantini M. scriptum est, *Sacrilegos nuptiarum gladio puniri oportet*. In *d. L.* 4. *C. Th.* Constantius & Constans *sacrilegos nuptiarum, tanquam parricidas, insui culleo vivos, exurive* jusserunt. Verum quod nunc legitur apud Constantinum, certe est emblema Triboniani; abest enim is versus a *L. 2. C. Th. ad L. Jul. de adult.*, quae ipsa eadem Constantini M. Lex est. Sed ne putes cum Cujacio ibid., primos Constantium & Constantem irrogasse adulteris poenam mortis, vetat ipsa L. 4.; cujus initio reprehenditur Catullinus Africae Vicarius, quod provocationes admiserat adulterorum jam confessorum *VITAM differentium*: quod argumento est plane maximo, jus illud antiquius fuisse. Quoniam autem Constantinus adulterii crimen habuit inter *atrocissima*, & pari cum *homicidio*, ac *veneficio* jure censuit in *L. 2. C. Th. quor. appell.*; probabile est, principio Lege aliqua Constantini, quae aetatem non tulit, fuisse adulteros tam male mulcatos: quodque tempore *d. L.* 1. coeperat jam ille Christianam religionem profiteri, sic facio conjecturam, Constantinianae Legi quae intercidit, occasionem dedisse severissimam illam disciplinam, qua tum Ecclesia utebatur cum moechis. De hac v. dicta in nostr. *Inst. Can. II*, 5. Retinuisse Justinianum gladii poenam, hic §. docet. Sed mox tamen is tantum cum maribus agi voluit ex Lege Constantini: adulteras, quasi infirmiores, lenius punivit *Nov.* 134. *c.* 10., in quam v. Petrum Fabr. *Semestr. III*, 21. & 22. Paedicones invitis vitium inferentes *capite*, id est morte damnari, ait Paulus in *Collat.* LL. *Mosaic. tit. V.*, num L. Scantinia, an Julia, dubitat Pithoeus. V. nostr. *jur. Obs. V*, 21. Quod de masculis invitis loquitur Paulus, id mihi facit indicium, si vis abesset, mitius actum. Jure novo, etiamsi vis absit, istius flagitii poena gladius ultor ex Const. Constantii & Constantis in *L.* 31. *C. eod.*, in quam v. Raevard. *Var. IV*, 20. & Pium loc. cit., *vindices flammae* ex Const. Valentiniani, Th. & Arc. in *L. 6. C. Th. eod.* De stupro id addo, ejus poenam intendi, si per vim inferatur, *L.* 29. §. *ult. h. t.*

§. V. Tertium est *homicidium*, de quo Regiis, ac Reip. temporibus quaesitum ex Lege illa Numae apud Festum, *Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, parricida esto:* quam Xviri retinuere. Inde usque a Romulo *parricidam* dictum etiam qui quemvis liberum hominem occidisset, auctor est Plut. in *Rom.*: adeo atrox visum caput liberum tollere. Tum a. U. DCLXXIII. Cornelius Sulla Dictator, & cum Metello Consul L. Corneliam tulit *de sicariis, veneficis, & parricidis*. Cic. *pro Cluent. c. LV.* Pomp. in L. 2. §. 32. [illegible] O. J. Caput *de parricidis* a Triboniano omissum propter L. Pompejam aliquanto post perlatam de ea re. Sicarii a *sica*, ferreo cultro brevissimo & recurvo, uti ex veterum fide sicam describit Brissonius *Antiq. II*, 11. Sed tum *sicarii* per abusionem dicti omnes, qui caedem telo quocumque committerent. Quintil.

X, 1.

libus accenseiur, sub nomine Diocletiani latet Tribonianus. Cujac. ibid, *Brisson. de adult. c.* 2., *Faber Conject. II*, 20. *Exempla adulterorum ab antiquis Imperatoribus capite damnatorum sunt praeter Leges. Cujac. Obs. XX*, 18. *Plerumque in milites adulteros capite animadversum: quod militaris disciplinae severitas fecit. Cujac. l. c., Borcholten in h. §.*

X, 1. Ita *telum* proprie est quod ab arcu mittitur, deinde coepit teli appellatione contineri *omne, quod mittitur manu, h. §.*, & L. *si calvitur* 233. §. 2. *de V. S.* (b): quin ex sententia Legis *omne, quod nocendi caussa paratum est*, uti Paulus inquit *Sent. V*, 23. 7. Sic Pauli locum, ubi corrupte legebatur *portatum est*, restituit Rittershusius. Jam lege Cornelia de sicariis teneri ait Marcianus L. 1. *ad L. Corn.*, qui hominem occiderit, quive hominis occidendi caussa cum telo ambulaverit. Hunc aeque atque illum *ferro ultore Lex Cornelia persequitur*, inquit Trib., i. e. morte damnat. Sed & heic affinxisse eum Legi Corneliae poenam sui temporis, probat locus ille Marciani in *L. ejusdem* 3. §. 5. *eod.*, *Legis Corneliae poena insulae deportatio est, & omnium bonorum ademtio*. Etiam Paulus deportationis meminit L. Corneliam enarrans *Sent. V*, 23. 1. Sed & Marcianus, & Paulus poenam suorum temporum Legi adscripserunt. Deportatio non antiquior Augusto. Quos deportari jus fuit post tempora illius, iis antea interdicebatur aqua & igni: quod est item intelligendum in casibus mox subjiciendis. Est cur mireris, quod Lex Cornelia homicidas, & cum telo ambulantes ad caedem pari puniat poena, quum tamen regulariter conatus sine effectu mitius puniatur. Num erat serviendum tempori, quo magna erat caedium frequentia, & par impunitas? Ita vero. Sed quamvis Sullana tempora sic ferrent, tamen parilitatem illam Marciani, ac Triboniani quoque aevo servatam video: quo moveor ut credam, quod Sulla pro tempore suo cavit, id pro atrocitate ipsa facinoris retinuisse Imperatores. Eadem Lege punitos morte *veneficos*, subjicit Trib., i. e. eos, *qui artibus odiosis, tam venenis quum susurris magicis homines occiderint, vel mala medicamenta publice vendiderint*. Legis poenam fuisse itidem deportationem, bonorumque jacturam testis est *d.* §. 3. Marcianus.

§. VI. Quartum est *parricidium*, Senecae dictum (*De Clem.* I. 23.) *ultimum nefas*. Poenam *more majorum* hanc fuisse scribit Modestinus in L. 9. *ad L. Pomp. de parricid.*, ut parricida (c) *virgis sanguineis verberatus insueretur culleo cum cane, gallo gallinaceo, vipera, & simia, deinde in profundum mare* (addit Trib. ex *L. un. C. de his, qui par. occid.*, *vel in amnem*, si mare distet) proiiceretur. Tò *more majorum* refer ad illud XII. Tab., *Qui parentem necassit, caput obnubito, culeoque insutus in profluentem mergitor.* Poenam istam sub Tarquinio dederat M. Tullius Duumvir, sed alio quam parricidii nomine: tum eam irrogarunt Leges XII. Tab. Val. Max. I, 1. 13. Primus caesa matre culleum passus Publ. Malleolus an. U. 680. Flor. *Epit. Liv. Lib.* 68. Postremis Reip. temporibus de parricidio cavit primum L. Cornelia, dein Pompeja, de cujus auctore non liquere, ait A. Augustinus *De nom. propr.* Fortasse is fuit Pompejus a U. 698. Consul cum Crasso. Cullei poenam Leges istae non mutarunt; namque ejus meminere Auctor *ad Herennium* Lege Cornelia recentior: itemque Seneca ibid., & Juvenalis VIII. 213. juniores Pompeja. Stetit ea poena nullo discrimine adusque tempora Hadriani. Hic primus puniri culleo parricidam voluit, *si mare proximum esset, alioqui bestiis obiici*, *d. L.* 9. Post Hadrianum cullei poena desuevit: tandem a

Con-

(b) *Graeca verba, quibus latiorem istam significationem confirmant Gajus in d. L.* 233., *ac Trib. h.* §., *pulcre enarrat Alb. Gentilis in d. L.* 233.

Constantino M. est restituta in *d. L. un.*: quae mihi videtur esse ratio, cur eam Trib. *novam* dicat. *Nova* erat pro tempore Constantini, non pro antiquissimis Romae temporibus, quae si spectes, *citerior est poena, quam scelus*, uti belle & vere Auctor *Decl.* 299. Id Fornerium *Rer. quot.* III, 24., atque alios fugit. Nunc quid Legi XII. Tab. accesserit ex *L.* Cornelia, quid huic ex L. Pompeja, videamus. Lex XII. de eo tantum loquuta est, qui parentem necasset: Cornelia, & Pompeja, etiam de eo, qui liberos, eosve, qui parentum, liberorumve loco sunt, aliasque certas personas, quas enumerat Marcianus in *L. 1. h. t.* de qua in nostr. *Obs. V*, 25. Quos proprie gradus Cornelia, quos Pompeja comprehenderit, sciri vix potest. Illud constat ex *L. 6.*, & *d. L. 9. §. 1. eod.*, ex *d. L. un.*, & ex *h. §.* si quis aliquem parentum, liberorumve occiderit, aut si quis etiam extraneus parricidii istius conscius fuerit, culleo: si quis vero alios cognatos, adfinesve neci dederit, ultimo quidem supplicio, non tamen culleo puniri. J. Ner. *Andect. I*, 30.

§. VII. Quintum est *falsum*, i. e. improbior fraus, qua quis verum imitatur, aut supprimit in praejudicium alterius. Pertinet huc altera Lex Cornelia ab eodem Sulla ad populum lata a U. DCLXXIII., qua tamen non jus aliquod novum populo constitutum, inquit Cic. in *Ver. I*, 42. vetustiores ea Leges omnino ignoramus. Sullanam vulgo vocant Corneliam *de falsis*, itemque *testamentariam*: Cicero ibid. *testamentariam nummariam* appellavit, quod altero capite de testamentis falsis, altero ageret de numis adulterinis, L. 2. & 9. *ad L. Cornel. de fals.* Quae aliae falsi species non fuerant Lege Cornelia comprehensae, de iis subinde cautum SCtis, & Constitutionibus Impp., quae prostant in *cit. D. tit.*, & in *Collat. VIII*, 7. Falsi reus, si liber sit, deportatione: si servus, ultimo supplicio luit, *h. §.*, & *L. 1. §. ult. eod.* Casus hinc eximendos habes apud A. Matthaeum in *Lib.* 48. *D. tit. 2. c. 2.*

§. VIII. Sextum est *vis publica*, aut *privata*. Quae sine armis fit, *privata* vis dicitur: *publica* vero, quae cum armis infertur, namque armis uti publicae potestatis est. Vim publicam, privatamve Leges de Majestate, ac de sicariis principio vindicarunt: tum Leges Plautia, & Juliae, quibus tantum de vi actum. Plautiam tulit P. Plautius Tr. pl. an. U. DCLXXV. Catulo & Lepido Coss.: Juliarum alteram J. Caesar Dictator, alteram Augustus. Priorem meminit Cic. *Phil. I*, 9., nec praeter eum alius: posterior exponitur in *D.*, & *h. §.*, ubi vim publicam deportatione, privatam publicatione tertiae partis bonorum ea Lege puniri ait Trib. Quod si quis mulierem rapiat per vim, eum mortis poena manet ex *L. un. C. de rapt. virg.*

§. IX. Septimum est *peculatus*, crimen Romae olim rarum, apud Graecos frequens. Polyb. *Hist. Lib. VI.* A pecore factum est nomen. Num quia quum vetustissimi Romanorum ferme nihil praeter pecus haberent, ab eo initium ejus fraudis esse coepit? An quia noxii pecore multabantur? Prius visum Fello, posterius Plinio *Hist. VIII*, 3., ac Gel-

(c) *De virgis istis v. Coras. Miscell. I*, 15., *Coler. Parerg. c.* 3. *Magium Miscell. IV*, 8., *ac Turneb. Adv. II*, 23. *De sero illo animantium brutorum comitatu v. Goth. in d. L.* 9., *& Otton. in h. §.*

Gellio *Noct. VI*, 1. Peculatus est *pecuniae publicae aut sacrae* (aut religiosae) *furtum non ab eo factum, cujus periculo fuit*. Paul. in *L. 9. ad L. Jul. peculat.* Tò *religiosae* additum ex auctoritate Marciani in L. 4. *eod.*, ac Trib. *h.* §. Paulus religiosae rei non meminit, fortasse eam comprehendens appellatione rei sacrae. V. dicta *Lib.* II, *pag.* 196. Publica pecunia proprie vocatur, quae populi Romani est. Sed & quae cujusvis Civitatis est, pro publica habetur, L. 15. & 17. *de V. S.*: hujusque etiam furtum dicitur peculatus, *d.* L. 4. §. 7. At enim id praecise negat Papinianus in L. 81. *de furt.* Video, sed non hujus est operae rem aggredi, quae nec facile potest, nec paucis expediri. V. Bynkersh. *Obs. VI*, 3. Ad furtum pecuniae publicae spectat Paulianum illud, *non ab eo factum, cujus periculo fuit*: cujus haec est ratio, quod cum iis, qui pecuniae periculum suscipiunt, de accusatione peculatus quasi deciditur, ut perbelle A. Matthaeus in *Lib. XLVIII. D. tit.* 10. *c.* 1. *n.* 7. Sacrae rei furtum proprie *sacrilegium* appellatur. Sacro commendatum longe aliud a sacro est: proinde si res privatorum apud aedem sacram depositae subripiantur, furti actio est, non sacrilegii, L. *Divi* 5. *h. t.* Obstare videtur Saturninus in *L.* 16. §. 4. *de poen.*, in quam v. Cujac. *Obs. XIII*, 19., & Bynk. *Obs.* I, 8.: certe vero obstat Canon. 21. *caus.* 17. *q.* 4. De peculatu perlata Romae praeter alias fuit L. Julia, magis J. Caesari, quam Augusto tribuenda. Trib. *h.* §. peculatum esse sacrae etiam rei furtum praefatus, poenam esse subdit deportationem. Male. Publicae pecuniae fures deportatione puniuntur, *L.* 3. *h. t.*, sacrilegi vero, i. e. qui publica sacra compilaverint, capite luunt, *d.* L. 9. *pr.* & §. 1.

§. X. Octavum est *plagium*, i. e. fraudulenta suppressio liberi hominis, servive alieni. Legis Corneliae de plagio meminit Apulejus *Met. Lib. VIII.*, Legis Fabiae seu Flaviae de plagiariis Cicero *Orat. pro Rosc.*, & Jurisconsulti *Lib. XLVIII*, *D. tit.* 15. *L.* Fabiae poena fuit *nummaria*, Paul. in *Collat.*, ubi male scriptum *summaria*: tum in ejus locum aliae successerunt impendio acerbiores, variae tamen pro modo delicti. Hermogen. in L. *ult. ad L. Fab.*, Paul. ibid. De metalli & gladii poena plagiariis inflicta in *L. ult.* C. *eod.* v. A. Matth. in *Lib.* 48. *D. tit.* 12. *c.* 2. *n.* 3.

§. XI. Congerit in hunc locum Trib. Leges Julias, i. e. *de ambitu*, *repetundarum*, *de annona*, ac *de residuis*, quae suo quaeque titulo explicantur in Pandectis, quos adi.

FINIS.

ERRATA.		CORRIGE.
Pag. 4. v. 1.	praeclaclare	praeclare
v. 12.	etra	extra
46. v. 38.	emtiamsi	etiamsi
74. v. 2.	videas	vides
75. v. 15.	congatur	cogantur
109. v. 13.	etim	etiam
110. v. 28.	compenit	competit
v. 37.	Naeratius	Neratius
117. v. 17.	calituriſque	carituriſque
168. v. 26.	jurejurejurando	jurejurando